This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 265 120

Digitized by Google

196
12.9
1.60

B2 Nov 1928.

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 4. 1928.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

196/12.9

120

Digitized by Google

Aus dem architektonischen Verlage von Ernst & Korn in Berlin.

(Gropius'sche Buch- und Kunsthandlung, Königl. Bau-Akademie 12.)

Abbildungen von Vasen, Gefäfsen, Statuetten, Ampeln, Consolen u. s. w. aus Ernst March's Fabrik zu Charlottenburg. 21 Blatt. gr. 8. 1 Thlr.

Adler, F., Mittelalterliche Backstein-Bauwerke des Preufsischen Staates. In 120 Tafeln mit Text. Lieferung I. 10 Tafeln gr. Fol. in Mappe. 2⅔ Thlr.

Ahlburg, Die Klosterkirche zu Riddagshausen. fol. 2 Thlr.

Architektonisches Skizzenbuch. Heft 1 — 43. à Heft 1 Thlr.

Bauwerke, Die kunstgeschichtlich-merkwürdigsten, vom Beginn der Alt-christlichen Architektur bis zur Blüthe der Renaissance. Zusammengestellt von jüngern Mitgliedern des Architekten-Vereins. 60 Blatt in Doppelfolio. Preis 9⅓ Thlr.

Beckmann, Graphische Resultate der Perspektive für Architekten und Maler. Cart. 1⅓ Thlr.

Böttticher, Carl, Ornamentenbuch zum praktischen Gebrauch für Architekten, Dekorations- und Stubenmaler, Tapeten-Fabrikanten u. s. w. 30 Blatt in Farbendruck. cart. 10 Thlr.

———, Dasselbe. Neue Folge. Heft 1 — 3. cart. 6⅔ Thlr.

———, Die Holz-Architektur des Mittelalters. 26 Tafeln in gr. Folio. In farbigem Druck. geb. 6⅔ Thlr.

———, Ornament-Vorbilder. gr. Fol. Erstes und zweites Heft. à 1⅔ Thlr.

———, C. F. Schinkel und sein baukünstlerisches Vermächtnifs. Eine Mahnung an seine Nachfolge in der Zeit. gr. 8. broch. 20 Sgr.

Brecht, Das Kloster Chorin. Fol. 2 Thlr.

Busse, Carl, (Königl. Geh. Ober-Baurath), Ausgeführte Bauwerke. Heft I. II. gr. Fol. 5⅓ Thlr.

Corssen, H., Vorlegeblätter für Maschinen-Constructionen. Heft I. und II. Imp.-Fol. 12 Blatt in farbigem Druck. 6 Thlr.

Erbkam, G., Ueber den Gräber- und Tempelbau d[illegible]ten Aegypter. broch. ¼ Thlr.

Garke, L., Comparative Berechnungen der Kosten der Personen- und Güter-Transporte auf den Eisenbahnen, zur Beurtheilung der Frage über die zulässi-

Quast, F. v., Ueber Form, Einrichtung und Ausschmückung der ältesten christlichen Kirchen. Mit 1 Kupfertafel. brosch. 15 Sgr.

———, Die romanischen Dome des Mittelalters zu Mainz, Speyer, Worms. gr. 8. mit 8 Kupfertafeln. geh. 24 Sgr.

———, Die Entwickelung der kirchlichen Baukunst des Mittelalters. 20 Sgr.

Ritter, Die Klosterkirche auf dem Petersberge bei Halle. gr. Fol. 4 Thlr.

Rofs, Schaubert und **Hansen,** Die Akropolis zu Athen, nach den neuesten Ausgrabungen. Tempel der Nike Apteros. Mit 12 Kupfertafeln. gr. Fol. 2 Thlr.

Runge, L., Beiträge zur Kenntnifs der Backstein-Architektur Italiens. Neue Folge. 24 Tafeln. Zweite Ausgabe. Imper.-Folio. In Mappe. 5⅓ Thlr.

———, Der Glockenthurm des Dom's zu Florenz, nebst Entwurf zur Westfaçade des Dom's. Zweite Ausgabe. Imper.-Folio. cart. 5⅓ Thlr.

Salzenberg, W., Alt-Christliche Bau-Denkmale Constantinopels vom V. bis XII. Jahrhundert. gr. Fol. Pracht-Werk.
Ausgabe No. I. 75 Thlr.
Ausgabe No. II. geb. 63⅓ Thlr.

Sammlung von Zeichnungen aus dem Gebiete der Wasserbaukunst, mit besonderer Rücksicht auf den Brückenbau. gr. Folio.
Bd. I. 4⅔ Thlr. Bd. II. 3⅓ Thlr.

Schinkel, C. F., Sammlung architektonischer Entwürfe. Neue vollständige Ausgabe in 174 Blatt vom Jahre 1857/58. In Mappe. 30 Thlr.

Stein, Th., Das Krankenhaus der Diakonissen-Anstalt Bethanien zu Berlin. Mit 16 Kupfertafeln. Kl. Folio. 4 Thlr.

Stier, G., Vorlegeblätter für Bauhandwerker, insbesondere für Maurer und Zimmerleute. 4 Hefte. 32 Blatt Kupferstich. gr. Fol. In Mappe. 12 Thlr.

———, Nachträge zu den Vorlegeblättern für Maurer und Zimmerleute. Der **„Backstein-Rohbau."** gr. Fol. 37 Tafeln mit Text. cart. 4⅓ Thlr.

Digitized by Google

196
12.9

LODOVICO GENTILE

120

CONFLITTO DELLE LEGGI

relativamente al tempo ed allo spazio

DISSERTAZIONE DI LAUREA

PAVIA
PREMIATO STABILIMENTO LITOGRAFICO SUCCESSORI MARELLI
1902.

Digitized by Google

May 4 1928

Digitized by Google

I

Sommario
dei capitoli, sezioni, paragrafi

Capitolo Preliminare

Sezione I.ª Della formazione e pubblicazione della legge

Parag.º I. Definizione della legge positiva. Della sovranità dei poteri dello Stato Pag. 1

" II. Della formazione, della promulgazione e della pubblicazione della legge " 2

" III. Eccezioni alla regola che spirato il termine legale la legge è obbligatoria per tutti " 4

" IV. Se il termine di 15 giorni sia pure richiesto per gli atti del potere esecutivo " 5

Sezione II.ª Dell'ufficio e dell'autorità della legge

" V. L'ufficio della legge è quello di comandare o proibire " 6

" VI. Criterio per distinguere la legge proibitiva dalla precettiva. Esame critico della dottrina del Laurent " 9

Sezione III.ª Dell'interpretazione della legge

" VII.º Interpretazione autentica - interpretazione dottrinale. Divisione di quest'ultima in giudiziaria e privata " 10

Digitized by Google

Parag VIII - Efficacia dell'interpretazione Pa
" IX - L'interpretazione dottrinale, si divide in grammaticale e logica, in restrittiva ed espletiva "

Capitolo Primo
Del conflitto delle leggi rispettivamente al tempo

Sezione I^a Nozioni Generali

" X Principi fondamentali della irretroattività "
" XI Il legislatore può dare effetto retroattivo alla legge "
" XII Non può applicarla retroattivamente il giudice Critica della dottrina contraria " 1
" XIII Criteri perche non fosse violata la legge = Diritto quesito " 1
" XIV Critica della dottrina che ammette la pluralità dei criteri " 18

Sezione II^a applicazione della regola alle leggi interpretative

" XV Leggi interpretative " 18

Sezione III^a applicazione della regola alle leggi relative ai diritti di persona

" XVI Stato delle persone - Capacità delle persone atti consumati sotto l'impero della prima legge " 19
" XVII La legge nuova non può colpire la cittadinanza acquistata sotto l'impero di una legge precedente "

Digitized by Google

XVIII - Critica della dottrina contraria. Pag 21
" XIX - Conflitto di leggi sullo stato coniugale, nel divorzio, sulla separazione personale. " 23
" XX - Stato di figlio legittimo - conflitto di leggi sulla presunta gestazione " 25
" XXI - Stato di figlio naturale - riconoscimento conflitto di leggi - Intelligenza dell'art. 7 della legge transitoria " 26
" XXIII - Effetti dello stato delle persone " 33
" XXII - Conflitto di leggi sullo stato di figlio legittimo e di figlio adottivo - L'art 7 della legge transitoria " 27

Serione IV^a applicazione della regola alla capacità delle persone

" XXIV - La capacità è sempre nel demanio della legge " 34
" XXV - Se la capacità dell'emancipato sia un diritto acquisito " 35
" XXVI - Incapacità della donna maritata " 36
" XXVII - Incapacita dell'interdetto e dell'inabilitato " 37
" XXVIII - Patria potestà, autorità maritale, tutela, curatela... Esse sono sempre nel dominio della legge " 40
" XXIX - Validità degli atti consumati prima della incapacità " 43

Serione V^a applicazione della regola ai diritti patrimoniali che derivano dall'occupazione dalla

Digitized by Google

donazione e dalla successione

Parg XXX. Cause immediate dei diritti patrimoniali pag 44
" XXXI - Legge relativamente al tesoro " 45
" XXXII - Diritti quesiti che derivano dalla successione
Legge che regola la capacità di testare, la capacità di ricevere per successione e la idoneità della cosa, obbietto della disposizione " 46
" XXXIII: È la legge del tempo in cui si apre la successione che determina i successibili e l'ordine di succedere " 49
" XXXIV - Beneficio d'inventario " 50
" XXXV - Legge che regola la capacità del donatore e quella del donante " 50
" XXXVI - Legge che regola la quota di riserva " 51
" XXXVII - Retroattività della legge eversiva delle sostituzioni fidei commissarie " 56

Sezione VI: Applicazione della regola ai diritti patrimoniali che derivano dai contratti

" XXXVIII - Quando vi ha diritto quesito che derivi da contratto " 57
" XXXIX Esempi " 58
" XL - Legge che regola i requisiti essenziali del contratto " 59
" XXXXI - Legge che regola gli effetti del contratto sia in riguardo alle parti contraenti come in riguardo ai terzi " 60
" XXXXII - Retroattività della legge sulle ipoteche " 63

Digitized by Google

Carg. XXXXIII Retroattività della legge relativa alla rendita ed all'enfiteusi Pag 63

Sezione VII.ª Applicazione della regola alla prescrizione

" XXXXIV. Prescrizione consumata " 64
" XXXXV. Prescrizione in corso " 65

Sezione VIII.ª Applicazione della regola ai diritti che derivano direttamente dalla legge

" XXXXVI. Differenza fra il diritto che deriva dalla legge ed il diritto che deriva dal contratto " 67
" XXXXVII. Diritto in germe detti anche facoltativi " 67
" XXXXVIII. Diritto alle successioni " 68
" XXXXIX. Diritto agli alimenti " 69

Sezione IX. Applicazione della regola alla risoluzione degli atti giuridici

" L. La nullità, la rivocazione, la risoluzione la rescissione di un atto giuridico qualunque sono rette dalla legge del tempo in cui fu stipulato l'atto " 70

Sezione X.ª Applicazione della regola alle forme estrinseche degli atti

" LI. La forma estrinseca degli atti è retta dalla regola tempus regit actum " 73
" LII. Se sia applicabile ai testamenti " 73

Digitized by Google

Parag LIII - Del testamento congiuntivo Pag 76

Sezione XI^a = Applicazione della regola alle leggi che riguardano al diritto dell'azione

" LIV - Prove 78
" LV - Giurisdizione e competenza del magistrato - Procedura " 79
" LVI - Forme e modi di esecuzione degli atti e delle sentenze " 80
" LVII - La regola può subire eccezione se ritratta di legge penale " 80
" LVIII - La eccezione non regge se la legge è interpretativa " 81

Capitolo Secondo
Conflitto delle leggi in riguardo allo spazio

Sezione I^a Nozioni Generali

" LIX - Giurisdizione che esercita la sovranità nel territorio " 81
" LX - Differenza tra la legge reale e quella personale - Criterio per distinguersi l'una dall'altra " 83

Sezione II^a = Stato di cittadinanza e di famiglia

LXI - Legge che regola lo stato di cittadino " 83
LXII - Legge che regola lo stato di coniuge " 84
LXIII - Legge che regola la figliazione " 85
LXIV - Legge che regola la capacità " 86
LXV - Legge che regola i rapporti di famiglia " 86

Sezione III^a = Legge che regola lo stato e la capacità delle persone, nonchè i rapporti di famiglia nel caso di cangiamento di Nazionalità

Digitized by Google

Pag. LXVI. applicazione del principio del diritto quesito - applicazione del principio allo stato della persona Pag. 92
" LXVII. applicazione alla capacità " 92
" LXVIII. applicazione ai rapporti di famiglia " 93

Sezione IV.ª Legge che regola la successione

" LXIX. Motivi che hanno determinato il legislatore italiano di applicare la nazionalità del de cuius " 94
" LXX. Spiegazione ed applicazione dell'art 8 " 95

Sezione V.ª Legge che regola la forma degli atti.

" LXXI. Forme estrinseche ed istrumentarie " 98
" LXXII. Forme abilitanti " 98
" LXXIII. Forme intrinseche " 99
" LXXIV. atti solenni " 100
" LXXV. Legge che regola la nullità, la risoluzione e la estinzione delle obbligazioni " 101

Sezione VI.ª Legge che regola la giurisdizione e la competenza del giudice. Legge che regola la procedura e la prova, Legge che regola l'esecuzione.

" LXXVI. Legge che regola la giurisdizione e la competenza del giudice " 103
" LXXVII. Legge che regola la procedura " 104
" LXXVIII. Legge che regola l'esecuzione delle sentenze e degli atti " 104

Sezione VII Leggi penali e di pubblica sicurezza.

" LXXIX. Lo straniero è soggetto alle leggi preventive e repressive " 106
LXXX. Se possa allegare ignoranza " 107

Digitized by Google

Sezione VIII.ª Eccezioni alle regole stabilite nel presente Capitolo

Parag LXXXI Leggi ed atti di un paese straniero non possono avere esecuzione nel regno se sono contrarie alle leggi proibitive del Regno ed alle leggi relative al l'ordine pubblico ed alla moralità Pag. 108

" LXXXII applicazione al matrimonio dello straniero nel Regno " 109

Capitolo Terzo

Della revocazione della legge

" LXXXIII abrogazione e derogazione della legge - revocazione espressa e tacita " 111

" LXXXIV Se la consuetudine possa revocare la legge " 111

" LXXXV abrogazione delle leggi precedenti al codice italiano " 112

Indice alfabetico degli autori

Il numero romano indica il paragrafo nel quale l'autore fu citato

A

Arnoldo - IX

B

Borsari - XXII - LII - LXXXII

Bouhier - LXXIV

Blondeau - IXL

Buniva - LII

D

Demolombe - II - VIII - XVII - XXII - XXXXI - LII - LXXIV - LXXXII

Duvergier - XII - XXXXI

Duranton - LXXIV

Digitized by Google

IX

G

Gabba - XXXII - LII

L

Laurent - V - XII - XVIII - XXIV - XXVII - XXXVI - XXXIX - XXXI - LII - LXV
LXXIII - LXXIV

Lasalle - XXXII

M

Marcadé - VIII - XXIV - XXXVI - LXI

Mancini - LXIX

Merlin - V

P

Pacifici Marroni - XVIII - XXII - XXXII - LII - LIV

Pothier - LXXV

R

Ricci - LII

Romagnosi V

S

Saredo - II - XVIII

Savigny - XXIV

T

Troplong - LXXV

Z

Zachariae - V VIII - LII

Digitized by Google

Digitized by Google

Conflitto delle leggi relativamente al tempo ed allo spazio

Capitolo Preliminare

Sezione I.ª

Della formazione, promulgazione e pubblicazione della Legge

Sommario

1.° Definizione della legge positiva, della sovranità, dei poteri dello stato

2.° Della formazione, della promulgazione e della pubblicazione della legge

3.° Eccezioni alla regola che spirato il termine legale la legge è obbligatoria per tutti

4.° Se il termine di 15 giorni sia pure richiesto per gli atti del potere esecutivo.

I

La legge positiva è la norma con la quale un potere legittimamente costituito, comandando o proibendo, segna un limite alla libertà individuale di quei cittadini che sono ad esso potere soggetto

La sovranità è nel popolo ed un potere non può dirsi legittimo se non è costituito per volontà o meglio per delegazione del popolo

Il potere usurpato non è potere legittimo ed il popolo avrà sempre il diritto di rivendicare la propria sovranità

Sono tre gli alti poteri della sovranità: il potere legislativo, il potere esecutivo, il potere giudiziario. — Il primo fa la legge, il secondo ne attesta l'esistenza e ne inculca l'osservanza, il terzo l'applica

Lit. [illegible]

Digitized by Google

Per lo statuto del regno d'Italia il potere legislativo si esercita collettivamente dal Re, che è l'eletto del popolo e dalle due Camere (art 3); potere esecutivo risiede esclusivamente nel Re (art 5); il potere giudiziario risiede nei giudici istituiti dal Re (art 68);

I tre poteri di cui parliamo sono divisi e reciprocamente indipendenti. E gli stessi giudici, quantunque di nomina regia, sono affatto indipendenti dal potere esecutivo.- Se vi fosse dipendenza od accentramento di poteri, l'anarchia e l'arbitrio sarebbero inevitabili.

II

Tre cose sono necessarie per la formazione della legge: 1° La proposizione — La iniziativa spetta al Re ed a ciascuna delle due Camere, ed è indifferente se si discuta prima nell'una ovvero nell'altra, menochè non si tratti di legge tributaria; nel qual caso essa in precedenza deve essere presentata alla Camera dei Deputati. — 2° L'adozione da parte delle Camere — 3° La sanzione, la quale è l'atto con cui il Re, esercitando il potere legislativo, approva la legge votata dal parlamento.

La legge con la sanzione riceve il suo compimento, ed è la data della sanzione la data della legge. — È necessaria però la promulgazione per divenire esecutiva. — La promulgazione è l'atto col quale il Re, esercitando il potere esecutivo, attesta l'esistenza della legge ed ordina l'esecuzione.

La legge sanzionata e promulgata non è ancora obbligatoria. Per essere tale fa mestieri che sia notificata ai cittadini. La notifica della legge, accompagnata dalla notifica della promulgazione, si appella pubblicazione. *Publicatio est divulgatio legis et promulgationis.*

Qual termine si richiede dopo la promulgazione per essere obbligatoria la legge? Spirato il termine potrassi allegare l'ignoranza della legge?

Digitized by Google

Non tutti i cittadini trovansi presenti alla promulgazione, da qui la necessità di un termine. Questo potrebbe essere uniforme, ovvero successivo e graduato secondo la distanza. — Il secondo sistema è stato ritenuto dal codice francese; il codice Italiano invece, ha adottato il primo. — Oltrechè gravi dubbi fa nascere l'applicazione del sistema successivo, esso reca pure non pochi inconvenienti. — Due paesi dello stesso regno sono retti nel tempo stesso da due leggi diverse; due cittadini sono l'uno maggiore a 25 anni e l'altro a 21 ecc. ecc.

Il Demolombe, in vista delle grandi difficoltà delle quali potrebbe esser sorgente il sistema adottato dal codice francese, propugna il sistema contrario che è quello della uniformità del termine. Egli così scrive: « Del resto questa discussione mi fa sempre più persuaso che si ha bisogno d'immegliare l'attuale modo di pubblicare le nostre leggi. Secondo me è meglio che la nuova legge, dopo un certo termine diventi in tutto il regno nello stesso giorno obbligatoria, e questo mezzo, nel mentre non avrebbe alcuno inconveniente, poichè in caso di urgenza può il governo accelerare la pubblicazione, riunirebbe il gran vantaggio di prevenire tutte le difficoltà di cui ho fatto parola »

Quei cittadini che sono in conoscenza della legge prima che sia decorso il termine prescritto, hanno la facoltà d'invocare la legge nuova?

In sostegno dell'affermativa potrebbesi dire: il termine dei quindici giorni è stabilito nello interesse dei cittadini, ed è permesso a chiunque di rinunziare ad un benefizio; si potrebbe eziandio che per l'art 1° delle disposizioni generali, la legge non è obbligatoria, e non già esecutoria, prima del termine, e l'esecuzione è l'effetto della promulgazione e non già della pubblicazione.

Questo ragionamento è insinghiero ma non è solido. La regola in parola è regola di diritto pubblico, anzichè di privato interesse. Il nostro legislatore non ha inteso permettere che l'esecuzione delle sue leggi dipendesse dalla volontà e dal tornaconto dei cittadini. E se è la sola promulgazione che rende esecutoria la legge, però l'esecuzione per volon

tà del legislatore è subordinata alla scadenza di un termine.

Ciò non pertanto, trattandosi di legge di interesse privato, non può negarsi ai cittadini di rimettersi alla legge promulgata, anche al semplice progetto, ed anche, come bene osserva il chiarissimo Prof. Saredo, non può loro negarsi di rimettersi a una legge straniera (1). In questi casi però le convenzioni avrebbero efficacia, non già per la legge, ma piuttosto per la volontà delle parti (2).

Spirato il termine prescritto, si presume che la legge sia a conoscenza di tutti i cittadini. Nè questa presunzione può esser vinta dalla prova contraria: essa è una di quelle presunzioni che si dicono *juris et de jure*

III

Però questo rigore non può estendersi oltre i casi ordinari. Se una inondazione, una invasione nemica, un morbo contagioso interrompesse le comunicazioni, gli abitanti di quel paese che, per causa di tale interruzione, si trovassero assolutamente impossibilitati a conoscere la legge, non saranno abilitati ad allegare la loro invincibile ignoranza? Credo che debba dirsi lo stesso per quei cittadini che si trovassero fuori del territorio del regno, ed a distanza tale da rendere assolutamente impossibili le comunicazioni (3).

L'art 2° delle disposizioni generali sancisce che le leggi sono obbligatorie in *tutto il regno* e non già che sono obbligatorie per tutti i cittadini, ed anche per tutti quelli che si trovino fuori il territorio del regno

In questa ipotesi, quando sarà obbligatoria la legge? È quì la questione divien più grave. Nella prima ipotesi credo che divenga

(1) Trattato delle leggi, pagina 193

(2) Merlin. Repertorio, v Lois — Dallor. Repertorio, v. Lois - Laurent tomo I. N° 27

(3) Confr.: Pacifici Mazzoni, Istituz: di dirit. civ. parte generale. pag 142, Confr Bianchi

Digitized by Google

obbligatoria appena riaperte le comunicazioni. Nella seconda ipotesi, secondo il Prof Saredo, il termine di quindici giorni, in via di decorrere da quello dell'inserzione nella Gazzetta ufficiale, come nei casi ordinari, decorrerà dal giorno dell'arrivo della Gazzetta ufficiale alla sede dei consolati (1)

La presunzione della legge debb'essere esplicita, nè può estendersi ai casi contemplati dal legislatore. Opinerei piuttosto che la legge sia obbligatoria il giorno stesso in cui il cittadino sia rientrato nel regno, meuoche circostanze particolari da apprezzarsi dal giudice non consigliassero diversamente

IV

La regola formata dall'art 1° è applicabile pure ai decreti ed alle altre disposizioni del potere esecutivo?

L'art 1° delle disposizioni generali parla delle sole leggi.

Ciò non per tanto non può mettersi in dubbio che vanno soggetti alla medesima regola: 1° i decreti, con i quali il potere esecutivo procede per delegazione del potere legislativo; 2° i decreti ch' emanano dal potere esecutivo sotto riserva della futura approvazione delle Camere

E fin qui vi sarebbe identità di ragione; 3° per parità di ragione è applicabile la regola ai decreti che approvano i regolamenti per la esecuzione delle leggi.

I decreti reali di grazia e di nomina hanno pronta esecuzione, come pure i decreti ministeriali, i decreti prefettizi, le ordinanze di polizia e tutt'altre disposizioni di simil natura

Sezione II°

Dell'Ufficio e dell'autorità della legge

Sommario

5. L'ufficio della legge è quello di comandare o proibire
6. Criterio per distinguersi la legge proibitiva dalla precettiva. Esame critico della dottrina di Laurent

---

(1) Loc. cit

Digitized by Google

V

L'ufficio della legge è quello di comandare e di proibire, quindi si distinguono le leggi in proibitive ed in precettive.

Per diritto romano facevasi triplice classificazione, oltre una quarta che riguarda le leggi penali. Le leggi si distinguevano in proibitive, precettive e permissive. « Legis virtus (così ha scritto nella L. 7 D. de legibus) hæc est: imperare, vetare, permittere ..... »

Il Romagnosi non accetta questa classificazione.

Una legge, così egli, che non comanda o non proibisce non è legge. Ed invero: se non vi è divieto o comando si è fuori la sfera della legge, e quindi nella pienezza della libertà naturale.

La legge che permette, o in altri termini che accorda un diritto deve garantire il diritto che concede, e questa garantia consiste nella altrui obbligazione. — Obbligazione e diritto sono correlativi.

Ora, siccome è impossibile che vi sia diritto senza obbligazione, così è pure impossibile che vi siano leggi puramente permissive.

E perchè la lesione dell'altrui diritto potrebbe aver luogo o col fare o col non fare; perciò non può esservi legge che non sia o precettiva o proibitiva. — La legge dicesi precettiva se viola con la omissione, proibitiva se viola con l'azione.

Parmi questo l'unico criterio per distinguersi l'una legge dall'altra. — Se invece si volesse stare alla forma, sarebbe facile invertire una legge precettiva in proibitiva o viceversa.

Potrebbesi obbiettare che nei codici non vi è penuria di leggi, le quali non comandano nè proibiscono. Ed infatti: gli articoli 555. 556 non fanno altro che permettere al proprietario vicino di acquistare la comunione del muro; ma chi non vede che in questi casi, mentre si facultà il proprietario vicino di domandare la comunione del muro, s'impone all'altro l'obbligazione di vendere la cosa sua. — Si dirà lo stesso dell'art.° 15 ove

Digitized by Google

permettere all'enfiteuta di redimere il canone

Sono pure apparentemente permissive le leggi nuove che, abrogando le leggi precedenti, permettono ciò che queste ultime proibivano. Sarebbe di questa natura la legge contenuta nell'art 1562 del codice civile che accorda all'enfiteuta la libera disposizione del fondo enfiteutico. Anche qui la legge, se da una parte estende la facoltà dell'enfiteuta, restringe dall'altra quella del concedente

Zachariae, sostenendo contro Merlin che non tutte le leggi proibitive sono di pubblico interesse, cita gli art.ti 675. 677. 679 che corrispondono agli articoli 583. 587. 588 del Codice Italiano

Col primo dei citati articoli uno dei vicini non può, senza il consenso dell'altro, fare nel muro comune una finestra o altra apertura, neppure con inferriata fissa. Col secondo si dispone che chi ha inalzato il muro comune non può aprire luci o finestre nella maggiore altezza, a cui il vicino non abbia voluto contribuire

Nell'art 588 finalmente sta scritto, che non si possono aprire vedute laterali od obblique sul fondo del vicino, se non vi è la distanza di mezzo metro. L'Illustre Laurent trova debole la critica (1) Secondo lui non possono dirsi veramente proibitive le citate leggi, imperocchè cesserebbe il divieto tutte le volte che vi fosse il consenso del comproprietario.

Se le leggi in parola non sono proibitive molto meno possono comprendersi nella classe delle leggi precettive.

E non essendo nè precettive nè proibitive non ci resterebbe altro che appellarle permissive.

Ma come! se in esse si contiene un divieto mercè il consenso delle parti, ciò non altera punto il carattere della legge proibitiva

(1) Op. Cit. N°66

Questo significa solamente che, siccome la legge é di interesse privato, come insegna lo stesso Laurent, le parti possono a piacere derogarla con la loro convenzione.

Cosí essendo, regge l'argomento che Zachariae oppone a Merlin, che vi sono cioé leggi proibitive d'interesse privato esclusivamente, e che le stesse perció non contengono ne espressamente, ne implicitamente la clausola irritante.

Abbiamo detto che non é la forma che fa distinguere la legge proibitiva dalla legge precettiva. Il signor Laurent, cangiando la forma, inverte senza stento in proibitive le disposizioni degli articoli 1326, 1394 (1382, 1383) che sono veramente precettive. «Dire che *les conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par actes devant notaire*» c'est dire qu'elles ne peuvent pas être rédigées, après le mariage, ni par coté sous seing privé. Cela confirme la doctrine de Merlin, nous semble-t-il, au lieu de l'affaiblir» n° 65

Senza dubbio una legge che comanda l'azione, non può non proibisce la omissione; e se la differenza consistesse nella forma, cangiando questa, la disposizione precettiva si cangerebbe tantosto in proibitiva

Le disposizioni citate in esempio dal Laurent impongono una solennità, s'infrangerebbe la legge con la omissione; cangiate quindi come volete le parole, invertire la forma, ció non pertanto le disposizioni saranno sempre precettive nella loro sostanza.

Sonni, ció non pertanto, che con l'art 12 delle

Digitized by Google

disposizioni generali siasi ritenuto piuttosto la dottrina del Merlin anziché quella di Zachariae. In detto articolo si parla di leggi proibitive in generale e non già di leggi proibitive che siano d'interesse pubblico, il che dà a dividere che, le leggi proibitive siano tutte d'interesse generale. Se avessero opinato diversamente, l'articolo 12 sarebbe formulato così: ~~non ostante~~ le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare le leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume. I redattori delle disposizioni generali ne avrebbero trovato l'esempio nell'art 6 del Codice francese e nell'art 7 del Codice siciliano così redatti: Le leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume non possono essere derogate da particolari convenzioni

VI

La legge, qualunque ella si fosse, devesi dai cittadini ciecamente osservare e dai giudici ciecamente applicare.

Non spetta nè agli uni nè agli altri portare giudizio sulla incostituzionalità ovvero sulla ingiustizia della legge. Dura lex sed lex

Hanno la stessa autorità della legge i decreti od i regolamenti, quante volte il potere esecutivo procede per delegazione del potere legislativo. In questo caso il decreto ed il regolamento sono leggi.

Ma se il potere esecutivo eccedesse il mandato, se il decreto o il regolamento fossero contrari alla

Digitized by Google

Per lo statuto del regno d'Italia il potere legislativo si esercita collettivamente dal Re, che è l'eletto del popolo e dalle due Camere (art 3); potere esecutivo risiede esclusivamente nel Re (art 5); il potere giudiziario risiede nei giudici istituiti dal Re (art 68).

Tre poteri di cui parliamo sono divisi e reciprocamente indipendenti. Gli stessi giudici, quantunque di nomina regia, sono affatto indipendenti dal potere esecutivo. Se vi fosse dipendenza od accentramento di poteri, l'anarchia e l'arbitrio sarebbero inevitabili.

II

Tre cose sono necessarie per la formazione della legge: 1° La proposizione — La iniziativa spetta al Re ed a ciascuna delle due Camere, ed è indifferente se si discuta prima nell'una ovvero nell'altra, menochè non si tratti di legge tributaria; nel qual caso essa in precedenza deve essere presentata alla Camera dei Deputati. — 2° L'adozione da parte delle Camere — 3° La sanzione, la quale è l'atto con cui il Re, esercitando il potere legislativo, approva la legge votata dal parlamento.

La legge con la sanzione riceve il suo compimento, ed è la data della sanzione la data della legge. — È necessaria però la promulgazione per divenire esecutiva. — La promulgazione è l'atto col quale il Re, esercitando il potere esecutivo, attesta l'esistenza della legge ed ordina l'esecuzione.

La legge sanzionata e promulgata non è ancora obbligatoria. Per essere tale fa mestieri che sia notificata ai cittadini. La notifica della legge, accompagnata dalla notifica della promulgazione, si appella pubblicazione. *Publicatio est divulgatio legis et promulgationis.*

Qual termine si richiede dopo la promulgazione per essere obbligatoria la legge? Spirato il termine potrassi allegare l'ignoranza della legge?

Digitized by Google

Non tutti i cittadini trovansi presenti alla promulgazione, da qui la necessità di un termine. Questo potrebbe essere uniforme, ovvero successivo e graduato secondo la distanza. — Il secondo sistema è stato ritenuto dal codice francese; il codice Italiano invece, ha adottato il primo. — Oltrechè gravi dubbi fa nascere l'applicazione del sistema successivo, esso reca pure non pochi inconvenienti. — Due paesi dello stesso regno sono retti nel tempo stesso da due leggi diverse; due cittadini sono l'uno maggiore a 25 anni e l'altro a 21 ecc. ecc.

Il Demolombe, in vista delle grandi difficoltà delle quali potrebbe esser sorgente il sistema adottato dal codice francese, propugna il sistema contrario che è quello della uniformità del termine. Egli così scrive: « Del resto questa discussione mi fa sempre più persuaso che si ha bisogno d'immegliare l'attuale modo di pubblicare le nostre leggi. Secondo me è meglio che la nuova legge, dopo un certo termine diventi in tutto il regno nello stesso giorno obbligatoria, e questo mezzo, nel mentre non avrebbe alcuno inconveniente, poichè in caso di urgenza può il governo accelerare la pubblicazione, riunirebbe il gran vantaggio di prevenire tutte le difficoltà di cui ho fatto parola »

Quei cittadini che sono in conoscenza della legge prima che sia decorso il termine prescritto, hanno la facoltà d'invocare la legge nuova?

In sostegno dell'affermativa potrebbesi dire: il termine dei quindici giorni è stabilito nello interesse dei cittadini, ed è permesso a chiunque di rinunziare ad un benefizio; si potrebbe eziandio che per l'art 1° delle disposizioni generali, la legge non è obbligatoria, e non già esecutoria, prima del termine, e l'esecuzione è l'effetto della promulgazione e non già della pubblicazione.

Questo ragionamento è insinghiero ma non è solido. La regola in parola è regola di diritto pubblico, anzichè di privato interesse. Il nostro legislatore non ha inteso permettere che l'esecuzione delle sue leggi dipendesse dalla volontà e dal tornaconto dei cittadini. E se è la sola promulgazione che rende esecutoria la legge, però l'esecuzione per volon

tà del legislatore è subordinata alla scadenza di un termine.

Ciò non pertanto, trattandosi di legge di interesse privato, non può negarsi ai cittadini di rimettersi alla legge promulgata, anche al semplice progetto, ed anche, come bene osserva il chiarissimo Prof. Saredo, non può loro negarsi di rimettersi a una legge straniera (1). In questi casi però le convenzioni avrebbero efficacia, non già per la legge, ma piuttosto per la volontà delle parti (2).

Spirato il termine prescritto, si presume che la legge sia a conoscenza di tutti i cittadini. Nè questa presunzione può esser vinta dalla prova contraria: essa è una di quelle presunzioni che si dicono *juris et de jure*

III

Però questo rigore non può estendersi oltre i casi ordinari. Se una inondazione, una invasione nemica, un morbo contagioso interrompesse le comunicazioni, gli abitanti di quel paese che, per causa di tale interruzione, si trovassero assolutamente impossibilitati a conoscere la legge, non saranno abilitati ad allegare la loro invincibile ignoranza? Credo che debba dirsi lo stesso per quei cittadini che si trovassero fuori del territorio del regno, ed a distanza tale da rendere assolutamente impossibili le comunicazioni (3).

L'art 2° delle disposizioni generali sancisce che le leggi sono obbligatorie in *tutto il regno* e non già che sono obbligatorie per tutti i cittadini, ed anche per tutti quelli che si trovino fuori il territorio del regno

In questa ipotesi, quando sarà obbligatoria la legge? Ecco qui la questione diviene più grave. Nella prima ipotesi credo che divenga

(1) Trattato delle leggi, pagina 193

(2) Merlin. Repertorio, v Lois — Dallos. Repertorio, v. Lois - Laurent tomo I. N° 27

(3) Confr.: Pacifici Mazzoni, Istituz: di dirit. civ. parte generale. pag 142, Confr Bianchi

Digitized by Google

obbligatoria appena riaperte le comunicazioni. Nella seconda ipotesi, secondo il Prof Saredo, il termine di quindici giorni, in via di decorrere da quello dell'inserzione nella Gazzetta ufficiale, come nei casi ordinari, decorrerà dal giorno dell'arrivo della Gazzetta ufficiale alla sede dei consolati (1)

La presunzione della legge debb'essere esplicita, nè può estendersi ai casi contemplati dal legislatore. Opinerei piuttosto che la legge sia obbligatoria il giorno stesso in cui il cittadino sia rientrato nel regno, meuoche circostanze particolari da apprezzarsi dal giudice non consigliassero diversamente

IV

La regola formata dall'art 1° è applicabile pure ai decreti ed alle altre disposizioni del potere esecutivo?

L'art 1° delle disposizioni generali parla delle sole leggi.

Ciò non per tanto non può mettersi in dubbio che vanno soggetti alla medesima regola: 1° i decreti, con i quali il potere esecutivo procede per delegazione del potere legislativo; 2° i decreti ch' emanano dal potere esecutivo sotto riserva della futura approvazione delle Camere

E fin qui vi sarebbe identità di ragione; 3° per parità di ragione è applicabile la regola ai decreti che approvano i regolamenti per la esecuzione delle leggi.

I decreti reali di grazia e di nomina hanno pronta esecuzione, come pure i decreti ministeriali, i decreti prefettizi, le ordinanze di polizia e tutt'altre disposizioni di simil natura

Sezione II=

Dell'Ufficio e dell'autorità della legge

Sommario

5. L'ufficio della legge è quello di comandare o proibire
6. Criterio per distinguersi la legge proibitiva dalla precettiva
   Esame critico della dottrina di Laurent

---

(1) Loc. cit

Digitized by Google

V

L'ufficio della legge è quello di comandare e di proibire, quindi si distinguono le leggi in proibitive ed in precettive.

Per diritto romano facevasi triplice classificazione, oltre una quarta che riguarda le leggi penali. Le leggi si distinguevano in proibitive, precettive e permissive. « Legis virtus (così ha scritto nella L. 7 D. de legibus) hæc est: imperare, vetare, permittere ..... »

Il Romagnosi non accetta questa classificazione.

Una legge, così egli, che non comanda o non proibisce non è legge. Ed invero: se non vi è divieto o comando si è fuori la sfera della legge, e quindi nella pienezza della libertà naturale.

La legge che permette, o in altri termini che accorda un diritto, deve garantire il diritto che concede, e questa garantia consiste nell'altrui obbligazione. — Obbligazione e diritto sono correlativi.

Ora, siccome è impossibile che vi sia diritto senza obbligazione, così è pure impossibile che vi siano leggi puramente permissive.

E perchè la lesione dell'altrui diritto potrebbe aver luogo o col fare o col non fare; perciò non può esservi legge che non sia o precettiva o proibitiva. — La legge dicesi precettiva se viola con la omissione, proibitiva se viola con l'azione.

Parmi questo l'unico criterio per distinguersi l'una legge dall'altra. — Se invece si volesse stare alla forma, sarebbe facile invertire una legge precettiva in proibitiva o viceversa.

Potrebbesi obbiettare che nei codici non vi è penuria di leggi, le quali non comandano nè proibiscono. Ed infatti: gli articoli 555. 556 non fanno altro che permettere al proprietario vicino di acquistare la comunione del muro; ma chi non vede che in questi casi, mentre si facultà il proprietario vicino di domandare le comunioni del muro, s'impone all'altro l'obbligazione di vendere la cosa sua. — Si dirà lo stesso dell'art.° 15 che

Digitized by Google

permettere all'enfiteuta di redimere il canone

Sono pure apparentemente permissive le leggi nuove che, abrogando le leggi precedenti, permettono ciò che queste ultime proibivano. Sarebbe di questa natura la legge contenuta nell'art 1562 del codice civile che accorda all'enfiteuta la libera disposizione del fondo enfiteutico. Anche qui la legge, se da una parte estende la facoltà dell'enfiteuta, restringe dall'altra quella del concedente

Zachariæ, sostenendo contro Merlin che non tutte le leggi proibitive sono di pubblico interesse, cita gli art.ⁱ 675, 677, 679 che corrispondono agli articoli 583, 587, 588 del Codice Italiano

Col primo dei citati articoli uno dei vicini non può, senza il consenso dell'altro, fare nel muro comune una finestra o altra apertura, neppure con inferriata fissa. Col secondo si dispone che chi ha inalzato il muro comune non può aprire luci o finestre nella maggiore altezza, a cui il vicino non abbia voluto contribuire

Nell'art 588 finalmente sta scritto, che non si possono aprire vedute laterali od obblique sul fondo del vicino, se non vi è la distanza di mezzo metro. L'Illustre Laurent trova debole la critica (1) Secondo lui non possono dirsi veramente proibitive le citate leggi, imperocchè cesserebbe il divieto tutte le volte che vi fosse il consenso del comproprietario.

Se le leggi in parola non sono proibitive molto meno possono comprendersi nella classe delle leggi precettive.

E non essendo nè precettive nè proibitive non ci resterebbe altro che appellarle permissive.

Ma come! se in esse si contiene un divieto mercè il consenso delle parti, ciò non altera punto il carattere della legge proibitiva

---

(1) Op. Cit. N°66

Digitized by Google

Questo significa solamente che, siccome la legge è di interesse privato, come insegna lo stesso Laurent, le parti possono a piacere derogarla con la loro convenzione.

Così essendo, regge l'argomento che Zachariae oppone a Merlin, che vi sono cioè leggi proibitive d'interesse privato esclusivamente, e che le stesse perciò non contengono ne espressamente, ne implicitamente la clausola irritante.

Abbiamo detto che non è la forma che fa distinguere la legge proibitiva dalla legge precettiva. Il signor Laurent, cangiando la forma, inverte senza stento in proibitive le disposizioni degli articoli 1326, 1394 (1382, 1383) che sono veramente precettive. «Dire che «les conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par actes devant notaire» c'est dire qu'elles ne peuvent pas être rédigées, après le mariage, ni par acte sous seing privé. Cela confirme la doctrine de Merlin, nous semble-t-il, au lieu de l'affaiblir» n° 65

Senza dubbio una legge che comanda l'azione, non può non proibisce la omissione; e se la differenza consistesse nella forma, cangiando questa, la disposizione precettiva si cangerebbe tantosto in proibitiva

Le disposizioni citate in esempio dal Laurent importano una solennità, s'infrangerebbe la legge con la omissione; cangiate quindi come volete le parole, invertire la forma, ciò non pertanto le disposizioni saranno sempre precettive nella loro sostanza.

Parmi, ciò non pertanto, che con l'art 12 delle

Digitized by Google

disposizioni generali siasi ritenuto piuttosto la dottrina del Merlin anziché quella di Zachariae. In detto articolo si parla di leggi proibitive in generale e non già di leggi proibitive che siano d'interesse pubblico, il che dà a dividere che, le leggi proibitive siano tutte d'interesse generale. Se avessero opinato diversamente, l'articolo 12 sarebbe formulato così: ~~non ostante~~ le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare le leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume. I redattori delle disposizioni generali ne avrebbero trovato l'esempio nell'art 6 del Codice francese e nell'art 7 del Codice siciliano così redatti: Le leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume non possono essere derogate da particolari convenzioni

VI

La legge, qualunque ella si fosse, devesi dai cittadini ciecamente osservare e dai giudici ciecamente applicare.

Non spetta né agli uni né agli altri portare giudizio sulla incostituzionalità ovvero sulla ingiustizia della legge. Dura lex sed lex

Hanno la stessa autorità della legge i decreti od i regolamenti, quante volte il potere esecutivo procede per delegazione del potere legislativo. In questo caso il decreto od il regolamento sono leggi.

Ma se il potere esecutivo eccedesse il mandato, se il decreto o il regolamento fossero contrari alla

Digitized by Google

legge, il potere giudiziario non può, anzi non deve applicarli

Giova nonpertanto avvertire che, se l'autorità giudiziaria non deve tener conto dell'atto vizioso del potere esecutivo, non è però nelle di costei attribuzioni di dichiararlo nullo nella parte dispositiva della sentenza

Sezione III.ª

Della interpretazione della legge

Sommario

7 Interpretazione autentica, interpretazione dottrinale divisione di quest ultima in giudiziaria e privata
8 Efficacia della interpretazione
9 L'Interpretazione dottrinale si divide in grammaticale e logica, in ristrettiva ed espletiva

VII

Siccome non é permesso al giudice di astenersi dal pronunciare sotto pretesto di oscurità o di silenzio della legge, uopo é che nell'uno e nell'altro caso si ricorra alla interpretazione. Essa si divide in autentica, se è il legislatore che con una novella legge, dichiara il vero senso di una legge precedente; dicesi poi dottrinale quella che proviene dal giudice nello esercizio della sua giurisdizione; ed è pure dottrinale la interpretazione data dal giureconsulto nei suoi responsi nelle aringhe nelle dissertazioni giuridiche

VIII

La interpretazione, da qualunque fonte derivi, come bene osservano Zachariae t 1, p. 71; Marcadè art 2 e 5; Demolombe, t. 1 n 115, e sempre dottrinale; la differenza è solamente negli effetti inquantochè, siccome

Digitized by Google

l'autentica è imposta dalla legge, la è obbligatoria per tutti ed è obbligatoria per i fatti avvenire come per quelli consumati sotto l'impero della legge interpretata, se ancora su questi ultimi non siavi un giudicato. È pure obbligatoria la interpretazione giudiziaria, la quale però, a differenza dell'autentica, obbliga pei fatti passati ed i soli contendenti nel giudizio, non essendo permesso ai giudici di pronunciare per via di regolamento, che sarebbe usurpazione del potere legislativo. La interpretazione data dal giureconsulto, essendo costui un privato, non può produrre obbligo di sorta, e si avrà quella importanza che la pubblica opinione attribuisce al nome dell'interprete. - In Roma reputavansi autorevoli i responsi dei giureconsulti classici.

Augusto accordò a taluno di essi un carattere ufficiale. Il suo esempio fu seguito dai suoi successori, ed Adriano diè forza di legge alle loro opinioni di ~~in unum sententia concurrant~~

E quando la scienza del diritto era già in decadenza, gli Imperatori Teodosio II e Valentino III con una costituzione detta la legge delle citazioni, crearono un consiglio de' morti, per servirmi della espressione del Serafini, autorizzando il magistrato d'invocare nelle sentenze, l'autorità di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino, e di quegli antichi giureconsulti le di cui opinioni erano state adottate o citate nei responsi dei primi cinque.

È pure autorevole la giurisprudenza delle Corti e specialmente delle Corti di Cassazione, ed è più autorevole, quante volte è uniforme.

Digitized by Google

tà del legislatore è subordinata alla scadenza di un termine.

Ciò non pertanto, trattandosi di legge di interesse privato, non può negarsi ai cittadini di rimettersi alla legge promulgata, anche al semplice progetto, ed anche, come bene osserva il chiarissimo Prof. Saredo, non può loro negarsi di rimettersi a una legge straniera (1). In questi casi però le convenzioni avrebbero efficacia, non già per la legge, ma piuttosto per la volontà delle parti (2).

Spirato il termine prescritto, si presume che la legge sia a conoscenza di tutti i cittadini. Nè questa presunzione può esser vinta dalla prova contraria: essa è una di quelle presunzioni che si dicono *juris et de jure*

III

Però questo rigore non può estendersi oltre i casi ordinari. Se una inondazione, una invasione nemica, un morbo contagioso interrompesse le comunicazioni, gli abitanti di quel paese che, per causa di tale interruzione, si trovassero assolutamente impossibilitati a conoscere la legge, non saranno abilitati ad allegare la loro invincibile ignoranza? Credo che debba dirsi lo stesso per quei cittadini che si trovassero fuori del territorio del regno, ed a distanza tale da rendere assolutamente impossibili le comunicazioni (3).

L'art 2° delle disposizioni generali sancisce che le leggi sono obbligatorie in tutto il regno e non già che sono obbligatorie per tutti i cittadini, ed anche per tutti quelli che si trovino fuori il territorio del regno

In questa ipotesi, quando sarà obbligatoria la legge? È quì la questione divien più grave. Nella prima ipotesi credo che divenga

(1) Trattato delle leggi, pagina 193

(2) Merlin. Repertorio, v lois — Dalloz, Repertorio, v. lois - Laurent tomo I. N° 27

(3) Confr.: Pacifici Mazzoni, Istituz: di dirit. civ. parte generale. pag 142, Confr Bianchi

Digitized by Google

obbligatoria appena riaperte le comunicazioni. Nella seconda ipotesi, secondo il Prof Saredo, il termine di quindici giorni, in via di decorrere da quello dell'inserzione nella Gazzetta ufficiale, come nei casi ordinari, decorrerà dal giorno dell'arrivo della Gazzetta ufficiale alla sede dei consolati (1)

La presunzione della legge debb'essere esplicita, nè può estendersi ai casi contemplati dal legislatore. Opinerei piuttosto che la legge sia obbligatoria il giorno stesso in cui il cittadino sia rientrato nel regno, meuochè circostanze particolari da apprezzarsi dal giudice non consigliassero diversamente

IV

La regola formata dall'art 1° è applicabile pure ai decreti ed alle altre disposizioni del potere esecutivo?

L'art 1° delle disposizioni generali parla delle sole leggi.

Ciò non per tanto non può mettersi in dubbio che vanno soggetti alla medesima regola: 1° i decreti, con i quali il potere esecutivo procede per delegazione del potere legislativo; 2° i decreti ch' emanano dal potere esecutivo sotto riserva della futura approvazione delle Camere

E fin qui vi sarebbe identità di ragione; 3° per parità di ragione è applicabile la regola ai decreti che approvano i regolamenti per la esecuzione delle leggi.

I decreti reali di grazia e di nomina hanno pronta esecuzione, come pure i decreti ministeriali, i decreti prefettizi, le ordinanze di polizia e tutt'altre disposizioni di simil natura

Sezione II.ª

Dell'Ufficio e dell'autorità della legge

Sommario

5. L'ufficio della legge è quello di comandare o proibire
6. Criterio per distinguersi la legge proibitiva dalla precettiva. Esame critico della dottrina di Laurent

---

(1) Loc. cit

Digitized by Google

V

L'ufficio della legge è quello di comandare e di proibire, quindi si distinguono le leggi in proibitive ed in precettive.

Per diritto romano facevasi triplice classificazione, oltre una quarta che riguarda le leggi penali. Le leggi si distinguevano in proibitive, precettive e permissive. « Legis virtus (così ha scritto nella L. 7 D. de legibus) hæc est: imperare, vetare, permittere..... »

Il Romagnosi non accetta questa classificazione.

Una legge, così egli, che non comanda o non proibisce non è legge

Ed invero: se non vi è divieto o comando si è fuori la sfera della legge, e quindi nella pienezza della libertà naturale.

La legge che permette, o in altri termini che accorda un diritto, deve garantire il diritto che concede, e questa garantia consiste nella altrui obbligazione. — Obbligazione e diritto sono correlativi.

Ora, siccome è impossibile che vi sia diritto senza obbligazione, così è pure impossibile che vi siano leggi puramente permissive.

E perchè la lesione dell'altrui diritto potrebbe aver luogo o col fare o col non fare; perciò non può esservi legge che non sia o precettiva o proibitiva. — La legge dicesi precettiva se viola con la omissione, proibitiva se viola con l'azione.

Parmi questo l'unico criterio per distinguersi l'una legge dall'altra. — Se invece si volesse stare alla forma, sarebbe facile invertire una legge precettiva in proibitiva o viceversa.

Potrebbesi obbiettare che nei codici non vi è penuria di leggi, le quali non comandano nè proibiscono. Ed infatti: gli articoli 555. 556 non fanno altro che permettere al proprietario vicino di acquistare la comunione del muro; ma chi non vede che in questi casi, mentre si faculta il proprietario vicino di domandare la comunione del muro, s'impone all'altro l'obbligazione di vendere la cosa sua. — Di dirà lo stesso dell'art.° 15 ove che

Digitized by Google

permettere all'enfiteuta di redimere il canone

Sono pure apparentemente permissive le leggi nuove che, abrogando le leggi precedenti, permettono ciò che queste ultime proibivano. Sarebbe di questa natura la legge contenuta nell'art 1562 del codice civile che accorda all'enfiteuta la libera disposizione del fondo enfiteutico. Anche qui la legge, se da una parte estende la facoltà dell'enfiteuta, restringe dall'altra quella del concedente

Zachariæ, sostenendo contro Merlin che non tutte le leggi proibitive sono di pubblico interesse, cita gli art.ⁱ 675, 677, 679 che corrispondono agli articoli 583, 587, 588 del Codice Italiano

Col primo dei citati articoli uno dei vicini non può, senza il consenso dell'altro, fare nel muro comune una finestra o altra apertura, neppure con inferriata fissa. Col secondo si dispone che chi ha inalzato il muro comune non può aprire luci o finestre nella maggiore altezza, a cui il vicino non abbia voluto contribuire

Nell'art 588 finalmente sta scritto, che non si possono aprire vedute laterali od obblique sul fondo del vicino, se non vi è la distanza di mezzo metro. L'Illustre Laurent trova debole la critica (1) Secondo lui non possono dirsi veramente proibitive le citate leggi, imperocchè cesserebbe il divieto tutte le volte che vi fosse il consenso del comproprietario,

Se le leggi in parola non sono proibitive molto meno possono comprendersi nella classe delle leggi precettive.

E non essendo nè precettive nè proibitive non ci resterebbe altro che appellarle permissive.

Ma come! se in esse si contiene un divieto mercè il consenso delle parti, ciò non altera punto il carattere della legge proibitiva

---

(1) Op. Cit. N°66

Digitized by Google

Questo significa solamente che, siccome la legge è di interesse privato, come insegna lo stesso Laurent, le parti possono a piacere derogarla con la loro convenzione.

Così essendo, regge l'argomento che Zachariae oppone a Merlin, che vi sono cioè leggi proibitive d'interesse privato esclusivamente, e che le stesse perciò non contengono ne espressamente, ne implicitamente la clausola irritante.

Abbiamo detto che non è la forma che fa distinguere la legge proibitiva dalla legge precettiva. Il signor Laurent, cangiando la forma, inverte senza stento in proibitive le disposizioni degli articoli 1326, 1394 (1382, 1383) che sono veramente precettive. «Dire che «toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par actes devant notaire» c'est dire qu'elles ne peuvent pas être rédigées, après le mariage, ni par acte sous seing privé. Cela confirme la doctrine de Merlin, nous semble-t-il, au lieu de l'affaiblir» n° 65

Sarà dubbio una legge che comanda l'azione, non può non proibisce la omissione; e se la differenza consistesse nella forma, cangiando questa, la disposizione precettiva si cangerebbe tantosto in proibitiva

Le disposizioni citate in esempio dal Laurent impongono una solennità, s'infrangerebbe la legge con la omissione; cangiate quindi come volete le parole, invertire la forma, ciò non pertanto le disposizioni saranno sempre precettive nella loro sostanza.

Parmi, ciò non pertanto, che con l'art 12 delle

Digitized by Google

disposizioni generali siasi ritenuto piuttosto la dottrina del Merlin anziché quella di Zachariae. In detto articolo si parla di leggi proibitive in generale e non già di leggi proibitive che siano d'interesse pubblico, il che dà a dividere che, le leggi proibitive siano tutte d'interesse generale. Se avessero opinato diversamente, l'articolo 12 sarebbe formulato così: *non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare le leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.* I redattori delle disposizioni generali ne avrebbero trovato l'esempio nell'art 6 del Codice francese e nell'art 7 del Codice siciliano così redatti: *Le leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume non possono essere derogate da particolari convenzioni*

VI

La legge, qualunque ella si fosse, devesi dai cittadini ciecamente osservare e dai giudici ciecamente applicare.

Non spetta nè agli uni nè agli altri portare giudizio sulla inconstituzionalità ovvero sulla ingiustizia della legge. *Dura lex sed lex*

Hanno la stessa autorità della legge i decreti od i regolamenti, quante volte il potere esecutivo proceda per delegazione del potere legislativo. In questo caso il decreto ed il regolamento sono leggi.

Ma se il potere esecutivo eccedesse il mandato, se il decreto o il regolamento fossero contrari alla

Digitized by Google

sage, il potere giudiziario non può, anzi non deve rivocarli

Giova nonpertanto avvertire che, se l'autorità giudiziaria non deve tener conto dell' atto viziosa del potere esecutivo, non è però nelle di costei attribuzioni di dichiararlo nullo nella parte dispositiva della sentenza

Sezione III.ª

Della interpretazione della legge

Sommario

7 Interpretazione autentica, interpretazione dottrinale divisione di quest ultima in giudiziaria e privata
8 Efficacia della interpretazione
9 L' Interpretazione dottrinale si divide in grammaticale e logica, in ristrettiva ed espletiva

VII

Siccome non è permesso al giudice di astenersi dal pronunciare sotto pretesto di oscurità o di silenzio della legge, uopo è che nell'uno e nell'altro caso si ricorra alla interpretazione. Essa si divide in autentica, se è il legislatore che con una novella legge, dichiara il vero senso di una legge precedente; dicesi poi dottrinale quella che proviene dal giudice nello esercizio della sua giurisdizione; ed è pure dottrinale la interpretazione data dal giureconsulto nei suoi responsi nelle arringhe nelle dissertazioni giuridiche

VIII

La interpretazione, da qualunque fonte derivi, come bene osservano Zachariae t 1, p. 71; Marcadè art 2 e 5; Demolombe, t. 1 n 115, è sempre dottrinale; la differenza è solamente negli effetti imquantochè, siccome

l'autentica è imposta dalla legge, la è obbligatoria per tutti ed è obbligatoria per i fatti avvenire come per quelli consumati sotto l'impero della legge interpretata, se ancora su questi ultimi non siavi un giudicato. È pure obbligatoria la interpretazione giudiziaria, la quale però, a differenza dell' autentica, obbliga pei fatti passati ed i soli contendenti nel giudizio, non essendo permesso ai giudici di pronunciare per via di regolamento, che sarebbe usurpazione del potere legislativo. La interpretazione data dal giureconsulto, essendo costui un privato, non può produrre obbligo di sorta, e si avrà quella importanza che la pubblica opinione attribuisce al nome dell' interprete. - In Roma reputavansi autorevoli i responsi dei giureconsulti classici.

Augusto accordò a taluno di essi un carattere ufficiale. Il suo esempio fu seguito dai suoi successori, ed adriano diè forza di legge alle loro opinioni si ~~in unum sententia concurrant~~

E quando la scienza del diritto era già in decadenza, gli Imperatori Teodosio II e Valentino III con una costituzione detta la legge delle citazioni, crearono un consiglio de' morti, per servirmi della espressione del Serafini, autorizzando il magistrato d' invocare nelle sentenze, l'autorità di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino, e di quegli antichi giureconsulti le di cui opinioni erano state adottate o citate nei responsi dei primi cinque.

È pure autorevole la giurisprudenza delle Corti e specialmente delle Corti di Cassazione, ed è più autorevole, quante volte è uniforme.

Digitized by Google

IX.

Sotto altro punto di veduta, la interpretazione si distingue in grammaticale e logica

L'interpretazione grammaticale consiste nell'attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, però avendosi sempre di mira la intenzione del legislatore.

Ma la legge, son parole di Arndts (1), considerata solo grammaticalmente, può essere suscettibile di significati diversi per manco di precisione assoluta nella espressione, vuoi per l'anfibologia, — vuoi per la giuntura inesatta delle parole e delle proposizioni

anche l'espressione stessa può essere viziosa, non corrispondente al suo pensiero dell'autore, e persino il pensiero espresso può tuttavia manifestare inesattamente la volontà del legislatore. D'onde il bisogno della interpretazione logica, la quale può condurre ancora a postulati diversi dalla grammaticale (interpretazione immutativa

L'interpretazione logica ha di mira l'indagare la intenzione del legislatore *vim ac potestatem* con i seguenti criteri: indagare il fine che si propose il legislatore (*ratio legis*) non che le circostanze esterne che le diedero occasione (*occasio legis*); comprendere il sistema che si prefisse il legislatore e per conseguirne l'intento non basta meditare su di una legge isolata, ma su l'insieme delle leggi che riguardano la stessa materia: *incivile est, nisi tota perspecta, una aliqua ejus particula proposita judicare vel*

(1) Traduzione del Serafini vol I. 87.

respondere; riscontrare le leggi precedenti e specialmente le leggi romane, nonchè le dottrine e le decisioni; *non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur*. Ma in queste bisogna esser cauti; imperocchè come bene osserva il Pacifici-Mazzoni nella interpretazione storica bisogna guardarsi, con ugual cura dai due estremi, cioè da una parte di applicare senza riserva nel nostro diritto le dottrine e le decisioni degli scrittori e della magistratura dei passati tempi, e dall'altra di non iscartare le idee antiche per le moderne introducendo di tal guisa nei testi uno spirito che è loro estraneo

Se poi un caso non è contemplato da veruna legge, allora sarà applicata quella legge che contenga casi simili, dandovi a quest'ultima quella interpretazione che appellasi estensiva, ed è fondata sulla massima: *ubi eadem ratio ibi eadem lex* Opposta alla interpretazione estensiva è l'altra che si dice ristrettiva la quale ha luogo quando la legge, standovi alla sua lettera, è formulata in termini generali, mentre lo spirito della legge richiede una limitazione. — Ove il caso rimanga tuttavia dubbio, non essendovi disposizioni che regolano i casi simili, non è permesso di ricorrere alle leggi precedenti (e neppure alle leggi romane); ma si deciderà secondo i principii generali di diritto.

La interpretazione estensiva non è permessa se si tratti di disposizioni odiose, e tali sono le leggi penali; quelle che restringono il libero esercizio de' diritti: *Favores ampliandi, odia restringenda*. Finalmente le leggi eccezionali: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis.*

Digitized by Google

Capitolo 1°

Del Conflitto delle leggi relativamente al tempo

Sezione I^a

Nozioni Generali

Sommario

10 Principio fondamentale della irretroattività.
11 Il legislatore può dare effetto retroattivo alla legge.
12 Non può applicarla retroattivamente il giudice_ Critica della dottrina contraria.
13 Criterio perché non fosse violata la regola_ Diritto quesito.
14 Critica della dottrina che ammette pluralità di criteri.

X

Se la legge non può essere obbligatoria prima della pubblicazione molto meno può essere obbligatoria prima di esistere: << *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis* >> L. 3. C de leg

XI

Si conviene però, e senza contrasto che il legislatore non è legato dalla regola della irretroattività; imperocché non è il Diritto costituzionale che la impone (1). Il legislatore non suole usare di questo illimitato potere se non quando si tratta di grave interesse sociale. E di questa natura sono le leggi eversive delle sostituzioni fedecommissarie; quelle che hanno soppresso i corpi religiosi; di questa natura sono pure le leggi relative all'enfiteusi alla rendita prediale alle ipoteche ecc. ecc.; leggi tutte che hanno avuto per iscopo lo allibertamento e quindi la facile circolazione dei beni. E se l'interesse sociale ha consigliato di farsi eccezione al principio dell'irretroattività, si è

(1) Pacifici Ist. D. gen. pag. 170

Digitized by Google

pure con le leggi transitorie conciliato per quanto si è potuto, il pubblico interesse coll' interesse privato

XII

Se il legislatore non curato di dare effetto retroattivo alla legge nuova, quantunque sia d'interesse generale, può supplire l'autorità giudiziaria? Il Duvergier si è pronunciato per l'affermativa (1) « Lorsqu' il est certain (sono le sue parole) que l'interét général exige que la règle nouvellement introduite soit immediatément appliquée lorsqu'il est démontré qu'il vaut mieux pour la société souffrir la perturbation, conséquence inévitable d'un changement biusque dans la législation que d'attendre plus ou moin longtemps les effets salutaires qui doivent résulter d'une loi nouvelle, le principe de la non-retroactivité doit céder: end d'autres termes il est présumable que le législateur a voulu rétrougir

Anche per l'affermativa si è pronunziato il Laurent (2) « Il est certain qu'en general le principe de la non-retroactivité est un, le même pour le juge et pour le législateur. Quand la loi rétroagit formellement, ou quand elle diclare qu'elle n'entend pas régir le passé allors il n'y a plus de question. La difficulté ne se présente pour le juge que lorsque le législateur n'a pas exprimé la volonté. Ce qui arrive très-souvent dan le passage d'une legislation nouvelle; le législateur ne décide pas les questions transitoires, parceque par leur nature même elles ne durent que pendant un certain temps. Que fera le juge?

---

(1) Dell'effetto retroattivo della legge - Thème belgique - V. VII pag 348.
(2) Pag. 234

Digitized by Google

Dans le silence de la loi, le juge doit consulter l'intention du législateur car sa mission consiste à appliquer ce que veut le pouvoir législatif. Il faut donc qu'il s'enquière si le législateur a voulu ou non régir le passé.

S'il s'agit d'un droit qui est dans le domaine des individus, la question est décidé par la constitution, le juge ne peut pas même supposer que le pouvoir législatif veuille porter atteint au droit de propriété. Mais si le droit n'est en cause? Le législateur agit comme organe des intérêts généraux; le juge doit donc voir s'il y a un intérêt général que ait pu engager le législateur à régir le passé; il doit croire que le législateur aurait rétroagi, s'il avait prévu la difficulté, en ce cas. il doit aussi appliquer la loi au passé; en le faisant, il obeit à la volonté tacite du législateur >>

Non mi sembrano accettabili le esposte dottrine quantunque sostenute da nomi autorevoli. La missione del giudice è quella di applicare la legge, interpretandola quando è oscura. Il principio della irretroattività è sancito in modo formale ed assoluto dai codici. Il giudice dando effetto retroattivo alla legge, quantunque la retroattività fosse consigliata da un interesse generale, tradirebbe la sua missione. Egli deve applicare la legge qual'è, non quale dovrebbe essere. Il giudice deve investigare la volontà del legislatore, per applicare la legge nel suo vero significato, e non già per fare esso una legge che il legislatore non ha fatto. E se pure vi fosse certezza che la eccezione non fu scritta per dimenticanza del legislatore, il giudice commetterebbe un eccesso di potere se volesse supplire la volontà tacita del legislatore non è legge. e molto ma

la si potrebbe invocare in presenza di una volontà esplicita

Il giudice può anzi deve interpretare la legge quando è oscura, ma tradirebbe la sua missione se volesse presumere come si pretende, la volontà del legislatore.

XIII

Autorevoli giureconsulti non sono paghi del criterio in parola. Essi han voluto aggiungerne altri, i quali servirebbero piuttosto a modificare la regola, anzichè a lasciarla nel suo pieno vigore

Quantunque la regola fermata dall'art 2 delle disposizioni generali sia chiarissima nella sua precisione, pure è sorgente di gravi difficoltà nell'applicazione. È necessario per ciò un criterio per conoscersi se, a seconda dei casi diversi, sia applicabile la nuova o l'antica legge, o meglio, per conoscersi se con l'applicazione della nuova legge si viola la regola della irretroattività. Il criterio secondo il nostro modo di vedere, non può essere che questo: se si era acquistato un Diritto sotto la egida della legge precedente, il Diritto quesito non può essere colpito dalla legge posteriore che si trova in conflitto con la prima. La protezione del diritto quesito è l'unico scopo della nostra regola, la quale è informata ai più sani principii di logica e di giustizia.

Aver diritto quesito quando il fatto od atto giuridico, che è la causa immediata, è consumato. Potranno essere diritti quesiti anche i diritti condizionati, ed anche i diritti che per alcune delle cause contemplate dalla legge possono essere revocati, come i diritti che derivano da una donazione, la quale può essere revocato per ingratitudine, per sopravvenienza di figli ecc. ecc.

Tesi N°3

Sit Marelli

Digitized by Google

XIV

Un primo criterio sarebbe questo: La legge ch'è d'interesse generale deve reggere anche il passato. E siccome soggiunge Laurent, son tutte d'interesse sociale le leggi relative allo stato delle persone, il giudice ancorchè la retroattività non sia esplicitamente imposta dal legislatore non può non dare ad esse effetto retroattivo: questa dottrina è stata pocanzi esaminata, nè occorre ritornare sullo stesso argomento.

Un altro criterio sarebbe questo: Avrà effetto retroattivo la legge favorevole, che è quella che migliora le condizioni del cittadino: favores ampliandi! Questo criterio che è stato comunemente accettato come criterio di interpretazione, non è mica applicabile al caso nostro. È nei poteri del giudice ampliare i favori, interpretando una legge oscura, ma non è nei suoi poteri di accordare favori sognando una legge che non esiste.

Sezione 2ª
Applicazione della regola alle leggi interpretative

Sommario

15 Leggi interpretative

XV

applichiamo il principio del dritto quesito ai vari casi dubbi che nella pratica potrebbero essere frequenti.

Dicesi legge interpretativa quella che dichiara il vero senso di una legge preesistente.

Perlocchè non può esservi collisione di sorta fra due leggi. La seconda lungi di abrogare la prima, dando la sua vera intelligenza, la conferma.

Così essendo, la legge interpretativa sarà pure applicabile al passato, senza tema di violarsi la regola.

Digitized by Google

della irretroattività; l'atto giuridico sarà sempre giudicato secondo la legge che imperava quando l'atto fu consumato, e si applicherà la legge interpretata con la certezza di essere la espressione vera della volontà del legislatore

E se la legge interpretativa fosse emanata quando già pendeva ricorso in Cassazione da una sentenza che avea stabilito un principio difforme, la Corte suprema deve annullarla come se avesse violato una disposizione espressa di legge

Sezione III.ª

applicazione della regola alle leggi relative ai diritti di persona

Sommario

16 Stato delle persone - Capacità delle persone - atti consumati sotto l'impero della prima legge.

17 La legge nuova non può colpire la cittadinanza acquisita sotto l'impero di una legge precedente.

18 Critica della dottrina contraria.

19 Conflitti di leggi sullo stato coniugale, sul divorzio, sulla separazione personale.

20 Stato di figlio legittimo - Conflitto di leggi sulla presunta gestazione.

21 Stato di figlio naturale - Riconoscimento - Conflitto di leggi - Intelligenza dell'art 7 della legge transitoria.

22 Conflitto di leggi sullo stato di figlio legittimo e di figlio adottivo. L'art 7 della legge transitoria.

23 Effetti dello stato delle persone.

XVI.

Non si confonda lo stato colla capacità. Lo stato è quella qualità che attribuisce diritti e doveri. Lo stato non è per l'avvenire nel dominio della legge come la capacità. Un riguardo

Digitized by Google

allo stato si ha un dritto quesito che non può essere colpito da una novella legge

XVII

Per l'art 7 del codice civile, il figlio naturale di cui vi è stato doppio riconoscimento, segue la condizione del padre, e se il padre è cittadino, il figlio nasce cittadino, quantunque sia straniera la madre. E se una legge nuova seguendo la dottrina del Merlin, attribuisse invece la condizione della madre, il figlio precedentemente nato non perderebbe la cittadinanza italiana.

Per l'art 9, la donna straniera che si marita a un cittadino, acquista la cittadinanza e la conserva anche vedova. Or se una legge nuova dichiarasse la straniera, vedova del cittadino Italiano decaduta dal beneficio della cittadinanza, si darebbe effetto retroattivo alla legge, se si volesse applicare contro la vedova il cui matrimonio fosse contratto prima della nuova legge, ed anco se la morte del marito fosse precedentemente avvenuta. Essa col fatto del matrimonio, avea acquistato un dritto alla cittadinanza Italiana

Credo si debba dire lo stesso per lo straniero che sia divenuto in virtù della naturalità concessa per legge o per decreto reale.

« La legge può dire a qual patto permette che si acquisti qualità di cittadino; ma una volta che tale qualità si è acquistata non si può togliere senza una retroattività iniqua.

Il Demolombe è pure della nostra opinione. Così risponde al quesito: « Io per fermo, che' da una parte si ha in questo caso un fatto compiuto, e dall'altra è stato un tal fatto il principio generatore, la causa efficiente d'un effetto che le parti per appunto si proponevano di conseguire, e sul quale esse hanno dovuto di necessità fare assegnamento. Noi non supponiamo già una semplice domanda di naturalizzazione

ancora pendente, e delle pubblicazioni solamente del matrimonio avvenuto allorchè la nuova legge si promulga, che queste cose, questi semplici preliminari non basterebbero punto. Supponiamo la naturalizzazione pronunziata, il matrimonio celebrato.

XVIII

Il Pacifici Mazzoni cita fra coloro che propugnano la nostra dottrina anche Laurent. È questo un equivoco.

L'illustre professore dell'università di Gand sostiene l'opinione contraria. Secondo Laurent, uno dei criteri relativo alla retroattività è l'interesse sociale; e, facendone applicazione di questo principio, egli conchiude che il legislatore può, dando effetto retroattivo alla nuova legge, modificare sì lo stato politico come lo stato civile, se la retroattività è imposta da un interesse sociale. Secondo lui, in fatto di stato, sia politico, sia civile, non vi sarà mai diritto quesito. — Egli conviene che la irretroattività è richiesta dal pubblico interesse, ma soggiunge che possono essere di pubblico interesse anche le eccezioni e che in questo conflitto è nei poteri del legislatore il decidere, se debba prevalere la regola ovvero l'eccezione.

Contemplando poi il caso dello straniero, così scrive: «
« Est-ce à dire que l'état d'étranger naturalisé soit un droit
« acquis? On le prétend, l'étranger, dit-on, a contracté es-
« pressément avec le pays qui l'a adopté. Mais il n'y a pas
« de contrat il a un droit politique que la loi confère sous
« certaines conditions; si le étranger a rempli ces conditions
« il s'est conformé à la loi; donc, le législateur doit re-
« connaître son droit comme il reconnaît et sanctionne tout
« ce qui se fait en vertu de la loi. On faut il conclure
« que ce droit est un droit acquis qui ne puisse pas être

„ enlevé à l'étranger naturalisé? Le législateur pourrait le
„ lui enlever, le juge ne le peut pas.
„ Nous disons que le législateur le pourrait. Supposons qu'une
„ loi ait donné au chef de l'état le pouvoir de naturaliser les
„ étrangers et qu'il ait abusé de cette prerogative. Une
„ loi nouvelle ne pourrait-elle pas assujettir tous ces natu-
„ ralisés à une nouvelle condition celle, par exemple, de
„ demander au pouvoir législatif la confirmation de leur
„ naturalisation? Si l'état d'étranger naturalisé etait un
„ droit acquis, qui fait dans le domaine de celui qui l'a ob-
„ tenu, le législateur ne pourrait pas l'en dépouiller; mais
„ l'état politique, n'est pas plus une propriété que l'état ci-
„ vil. Dès lors que le législateur peut le modifier. >> —
Tomo I, pag. 241

Secondo l'illustre giureconsulto, lo straniero avrebbe un diritto, non già un diritto quesito. Ma che! Cosa sarebbe questo diritto? Dicesi diritto quesito in quanto che era esistente prima dell'attuazione della nuova legge. Se è diritto, e tale lo appello lo stesso Laurent, e non una semplice speranza, come può essere colpito dalla nuova legge!

Non vi è stato contratto tra lui e lo Stato. Ma come!

Non vi fu contratto quando già s'incontrano i due consensi? E non vi è incontro di consensi quando lo Stato fa l'offerta della cittadinanza e lo straniero l'accetta?

E se la naturalizzazione fa perdere allo straniero naturalizzato la nazionalità di origine, non sarebbe grave ingiustizia revocarsi la naturalizzazione e lasciarsi senza patria colui che ebbe fiducia nella naturalizzazione acquistata?

Il Re ha abusato. Ebbene il potere legislativa potrà

revocare il mandato, ma non potrà ne annullare, ne modificare gli atti fatti prima della revoca del mandato medesimo. Se poi col mandato si fossero imposte delle condizioni per la naturalizzazione e queste condizioni mancassero, in questo caso non vi sarebbe stata mai naturalizzazione, perchè fatta da chi non ne aveva il potere.

Finalmente, si dice, trattasi di un diritto politico e non di un diritto civile. E qui mi piace rispondere col Saredo: « Quando la scienza condanna la retroattività delle leggi, non fa distinzione fra diritti acquisiti politici e privati; li dichiara egualmente inviolabili. » (1)

XIX

La qualità di coniuge è pure, come ogni altro stato, regolata dalla legge del tempo in cui fu contratto il matrimonio. Gli effetti però, e fra questi la capacità della donna maritata, sono regolati dalla legge nuova. Ritorneremo su questo argomento.

La qualità di coniuge acquistata sotto lo impero delle abolite leggi mediante matrimonio ecclesiastico, si conserva ancora sotto del codice italiano, quantunque il matrimonio ecclesiastico non sia da questo riconosciuto.

Però lo stato di coniuge si può perdere sempre ed in qualunque tempo per la risoluzione del matrimonio

Se la legge precedente ammetteva il divorzio ed una legge posteriore lo abolisce, o viceversa; quale delle due leggi troverebbe la sua applicazione? Il divorzio ha per causa immediata l'offesa fatta da un coniuge all'altro; ed il diritto di divorziare si acquisterebbe tosto che fosse avvenuta la offesa, se pure la legge del tempo autorizzasse il divorzio. È da osservarsi però che il

(1) Loc. cit.

Digitized by Google

divorzio è una pena che si infligge al coniuge colpevole ed una riparazione che si accorda al coniuge offeso. Per lo ché non può dirsi consumato il divorzio prima che la pena fosse inflitta mediante il giudicato. È allora che si scioglie il vincolo coniugale e che si acquista irrevocabilmente il diritto

Stabiliti questi principii, che mi sembrano incontrastabili, sorgono spontanei i seguenti corollari:

1° Consumato il divorzio sotto una legge che lo ammette, la legge che lo sopprime non può fare riconoscere il vincolo coniugale

2° Se è la legge nuova che lo ammette, quantunque il matrimonio si fosse contratto sotto l'impero dell'antica legge, si può domandare il divorzio, ed è indifferente se la offesa fosse avvenuta prima o dopo della nuova legge.

3° Se le due leggi ammettono tutte e due il divorzio, ma vi è divergenza nelle cause non si ha dritto a divorziare se, per la legge nuova, la offesa consumata sotto l'impero della prima, non è più causa di divorzio come lo era precedentemente.

Crediamo senza esitanza che gli stessi principii debbono reggere l'istituto della separazione personale.

Si è sollevata la quistione se alcuna delle cause di separazione, ammesse dalla legge che vigea quando fu contratto il matrimonio, non sia riprodotta dalla legge nuova; il coniuge offeso possa sperimentare l'azione dopo l'attuazione della seconda legge, allegando l'offesa precedentemente consumata

Il Prof. Gabba (1) ed il Pacifi-Mazzoni (2) sono per la ne

(1) Op. cit. sez VI, cap 11, tit III
(2) Tom. I. n 94

Digitized by Google

gativa. Pensa diversamente il Borsari (1)

Io propendo per la prima opinione. Non si dica che, consumata l'offesa, erasi già acquistato il dritto alla separazione personale.

L'offesa è il mezzo per l'acquisto del dritto, ma è il giudicato che l'attribuisce, ordinando la separazione personale che, come pena s'infligge al coniuge colpevole

Se il coniuge offeso acquistasse il dritto per la semplice offesa, la sentenza dovrebbe produrre i suoi effetti retroattivamente; il coniuge dovrebbe incorrere nella indegnità di succedere, non dal dì in cui la sentenza diviene cosa giudicata, ma dal dì dell'offesa. Diremo che, avvenuta la causa, sia acquistato il dritto, se morto uno dei coniugi dopo l'offesa, ed anche pendente il giudizio di separazione, non può nè iniziarsi, nè continuarsi il giudizio?

XX

Lo stato di figlio, e come di figlio legittimo così di figlio legittimato, di figlio riconosciuto e di figlio adottivo, non può essere colpito dalla nuova legge. Il figlio sin dal suo concepimento acquista un dritto irrevocabile relativamente al suo stato, sia di figlio legittimo sia di figlio naturale.

Per l'art 160 del codice civile si presume concepito in costanza di matrimonio il figlio che nasce non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, nè dopo trecento dallo scioglimento di esso. Se sopraggiunge una nuova legge che, modificando la legge precedente, non riconosce altra gestazione che quella di nove mesi, devesi applicare la prima ovvero la seconda legge? Il figlio che nasce prima dei nove

(1) Tom I pag 59

Tesi 37°4

Lit Marelli

Digitized by Google

mesi dalla morte del marito, sarà reputato figlio legittimo, applicandosi la regola: pater ipse est quem justae nuptiae demonstrant?

Non parmi dubbia l'applicazione della prima legge. Il concepimento presunto, al pari del concepimento reale, è un fatto, e il legislatore non ha la potenza di distruggere i fatti. Se il figlio per presunzione della legge fu concepito in costanza di matrimonio se la presunzione della legge, e specialmente se si tratti di presunzione juris et de jure, come nel caso nostro, equivale alla realtà; se il figlio concepito in costanza di matrimonio si presume concepito per opera del marito, non comprendo come gli si possa contrastare la qualità di figlio legittimo

XXI

Legittimazione. — Per lo stesso principio la legittimazione è un diritto quesito del figlio, e come tale non può essere colpito dalla nuova legge.

Se la legittimazione avviene per subsequens matrimonium il figlio naturale deve trovarsi, al momento della celebrazione del matrimonio dei suoi genitori, nelle condizioni prescritte dalla legge.

Secondo l'art 253 del codice siciliano, il figlio naturale deve essere riconosciuto o prima o nell'atto stesso della celebrazione del matrimonio. Non è così per l'art 197 del codice italiano. Vi sarà pure legittimazione, quantunque il riconoscimento sia fatto in costanza di matrimonio. Se il figlio è riconosciuto prima o nell'atto di matrimonio, i diritti di figlio legittimato si acquistano dal giorno della celebrazione; nel secondo caso si acquistano dal giorno del riconoscimento

Digitized by Google

ora, se il matrimonio fu contratto sotto l'impero del codice siciliano, ed il riconoscimento ha luogo sotto l'impero del vigente codice, la legittimazione riesce impossibile

Adozione.- Lo stato di figlio adottivo, per applicazione dello stesso criterio, è retto dalla legge del tempo in cui ha luogo l'adozione. La condizione e la forma sono quelle prescritte dalla legge medesima.

Per l'art 8 della legge transitoria i procedimenti di adozione già iniziati all'attuazione del nuovo codice saranno continuati davanti la Corte di Appello secondo le norme stabilite dal codice medesimo. Quindi se sotto l'impero del codice siciliano erasi prestato il consenso dall'adottante e dall'adottato innanzi al giudice di circondario, all'attuazione del nuovo codice non occorre ripetere quest'atto innanzi il presidente della Corte di appello. E se non erano ancora decorsi i dieci giorni per la consegna dell'atto di consenso al R. Procuratore del tribunale, o se il tribunale non avesse ancora pronunziato l'autorizzazione, l'atto di adozione sarà invece presentato alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art 214 del codice italiano

XXII

Il riconoscimento, sia volontario, sia forzoso, del figlio naturale è regolato dalla legge che imperava al tempo del concepimento. Sin d'allora il figlio acquista il diritto di essere riconosciuto da' suoi genitori, non potendo la legge civile non riconoscere una relazione naturale preesistente ed indipendente da qualsiasi legge nuova.

Taluno questa dottrina non è senza contrasto.

Digitized by Google

Il Demolombe, che professa la opinione contraria, così scrive: « Parmi che la causa efficiente immediata dei rapporti legali di paternità e figliazione non è già il fatto unico assoluto ed astratto della nascita; ma è agli occhi della legge la ricognizione compiuta o il giudizio reso secondo le condizioni che essa determina.

Adunque finchè questa causa ancora si è recata in atto, l'effetto non ha potuto essere prodotto, nè acquistato legalmente. Si è detto che una nuova legge non potrebbe punto privare il figliolo già nato nel diritto di ricercare il padre, diritto ch'egli ripete dalla natura. Ma che! La legge ben lo priva oggi. Or - che gliel tolga alquanto prima o dopo, non è sempre vero che questo diritto non è assoluto, e che, finchè non è stato ancora esercitato e recato ancora in atto, viene subordinato alle leggi che regolano questa specie di materia.

Aggiungi che l'applicazione immediata della nuova legge la quale non toglie allora ai particolari altro che una facoltà non esercitata, la quale niente non avrebbe ancora prodotto, è per contrario reclamata da potenti considerazioni d'ordine e di morale pubblica » (1)

Non mi sembrano soddisfacenti gli argomenti dell'Illustre professore della facoltà di Diritto di Caen.

È la natura e non l'atto giuridico dell'uomo che imprime le qualità di figli. Il fatto dell'uomo, sia il riconoscimento volontario, sia la sentenza del giudice, non può creare un rapporto naturale quale è quello di paternità o maternità e filiazione. Il rap-

Digitized by Google

to è preesistente a qualunque riconoscimento: e l'atto giuridico dei genitori come la sentenza del giudice altro non fanno che dichiararlo. Se il rapporto non fosse preesistente, il figlio non potrebbe avere azione a fare indagini sulla paternità e maternità. Il riconoscimento e la sentenza sono la prova della filiazione naturale, come gli atti dello stato civile sono la prova della filiazione legittima. Ne la società può negare un tal diritto che sarebbe una riparazione all'immoralità dei genitori.

La quistione è stata dalla nostra legislazione teoricamente risoluta e propriamente con l'art 7 delle disposizioni transitorie, così concepito: « Le disposizioni degli articoli 189. 190 e della prima parte dell'art. 193 del nuovo codice non sono applicabili ai figli nati e concepiti prima della sua attuazione: sono ai medesimi applicabili le disposizioni delle leggi anteriori. »

I figli adulterini e incestuosi, per la prima parte dell'art 193, non sono per regola ammessi a fare indagini nè sulla paternità, nè sulla maternità. Se però fossero nati od anche solamente concepiti sotto la legge precedente, che ammetteva il riconoscimento, possono per l'art 7 delle disposizioni transitorie, essere ammessi, anche sotto l'impero del vigente codice, a far valere quel diritto che sin dal concepimento avevano acquistato.

Il dotto Borsari vorrebbe dare una restrizione alla trascritta disposizione dell'art 7. Egli così scrive: « « L'art 7 della legge transitoria non fa che rimuovere l'ostacolo di questo divieto rapporto alle figliazioni ante-

Digitized by Google

rioni e lascia i casi nel dominio del precedente diritto.

Ma ciò si deve intendere sino al punto in cui le disposizioni della legge precedente siano compatibili col nostro diritto pubblico. Ora sostanziale diversità realmente s'incontra con altra legislazione e cito l'austriaca. Semplice e liberale, non contempla che due categorie di figli: legittimi ed illegittimi; ed è ben lontana dall'imprimere sulla fronte dei secondi il marchio del disonore. Se questi, che noi abbiamo per condannati e priviamo d'ogni speranza della legittimità, non ottennero una posizione che per noi equivalga un diritto quesito, dovranno subire il regresso della nuova legislazione. L'art 7 della legge transitoria sarebbe poca difesa. L'ho già detto: la conservazione delle precedenti condizioni giuridiche qualunque fossero, è limitata a specie di fatti contemplati in alcuni articoli del codice, e si sostanziano sul concedere ai figli nati o concetti anteriormente certe azioni che il codice stesso nega ai nati o concetti dopo la propria attuazione.

Ma ove si rilevasse che codesti figli appartengono alla classe dei non riconoscibili, sarebbero respinti, qualunque fossero le loro aspettative sotto altra legge. Donde nasce? Nasce da ciò che una legge d'ordine pubblico primario è retroattiva in servizio della propria e generale uniformità; se pure non voglia dirsi con un altro giro di frasi, il che poco conclude, che in materia di stato personale non vi sono diritti quesiti, ed è sempre in potere di un'altra legge modificarli >> (1)

Non posso accettare la dottrina dello insigne Magistrato in presenza di un articolo che, senza fare distin-

(1) Tomo I, pag. 63

Digitized by Google

rione alcuna, ammette le indagini sulla paternità e sulla maternità, se pure erano permesse dalla legge del tempo in cui avvenne la nascita od il concepimento del figlio

L'art 7 della legge transitoria ha fatto sorgere quest'altra questione. Il Legislatore, non dando effetto alla prima parte dell'art 193, ha inteso darlo alla seconda parte, in virtù della quale il figlio incestuoso o adulterino avrà sempre azione per ottenere gli alimenti, provando la paternità o la maternità nei modi in essa indicati? Io propendo per la negativa. Il legislatore con la seconda parte dell'art 193, ha inteso temperare il rigore della regola fermata nella prima parte, con l'intendimento di non restare lettera morta la disposizione dell'art 167 che accorda al figlio del delitto gli alimenti e i soli alimenti.

L'art 7 della legge transitoria dispone che la prima parte dell'art 193 del codice civile non è applicabile ai figli nati o concepiti prima del codice medesimo. E qui un dilemma: per la legge anteriore le indagini erano permesse? ed in questa ipotesi, la prova sarebbe quella prescritta dalla legge medesima, e quindi la seconda parte dell'art 193 sarebbe inapplicabile, ed anche frustranea, imperocchè è stata sancita sol perchè altrimenti le indagini sono vietate. Se per la legge precedente le indagini erano assolutamente proibite, ed allora non troverebbero neppure applicazione, non potendo la nuova legge attribuire uno stato diverso di quello che si era attribuito dalla legge precedente, applicandosi alla seconda parte dell'articolo

Digitized by Google

in parola si attribuirebbe al figlio una determinata paternità o maternità, mentre per la legge del tempo del concepimento ch'è quella che regola la figliazione, non poteva figurare che come figlio di genitori inverti. La legge nuova può modificare gli effetti di uno stato, qualunque esso si sia, ma non può modificare lo stato medesimo.

Un'altra quistione. Se in virtù dell'art 7 della legge transitoria è permesso il riconoscimento forzoso, può dirsi anche permesso il riconoscimento volontario? L'Illustre Pacifici-Mazzoni si pronunzia per la negativa. << Ma il riconoscimento volontario (sono sue parole) non può aver luogo che in conformità del codice civile; perciocchè la disposizione transitoria dell'art 7 conserva ai figli il diritto di ricercare la loro paternità o maternità, ma non mantiene i genitori nel possesso della facoltà di fare quell'atto. >>

Mi permetto di osservare che il riconoscimento volontario ed il riconoscimento forzoso sono retti dallo stesso principio. Se il figlio ha l'azione di promuovere la dichiarazione dal giudice, non sarà poi facultato a profittare del riconoscimento spontaneo dei suoi genitori? Costoro riconoscendo il figlio, non esercitano un diritto, ma piuttosto adempiono un'obbligazione. Diremo nullo ed improduttivo di effetti il pagamento volontario che fa un debitore il quale non vuole subire le conseguenze di una lite?

Il chiarissimo giureconsulto possa inoltre ad esaminare il caso inverso. << In senso inverso (ei soggiunge) sotto il codice patrio può essere riconosciuto e dichiarato figlio naturale anche colui che capace non era per la legge in vigore al tempo della sua nascita; così da due cugini o due cognati può essere riconosciuto il loro figlio naturale

Digitized by Google

nato sotto le leggi civili delle due Sicilie, che secondo queste sarebbe nato incestuoso >> (loc. cit.)

La conseguenza non parmi strettamente logica. Io però non lontano dall'accettarla, ma per ragione diversa. Non può dirsi incestuoso il figlio nato da due cognati (1) sotto il codice siciliano imperocchè per l'art 161 l'impedimento poteva essere dispensato.

XXIII

Se lo stato di cui si è fatto acquisto sotto l'egida di una legge non può essere nè tolto, nè modificato da una nuova legge, possono però esserne ristretti ed estesi gli effetti. — Per gli effetti non può dirsi che vi sia diritto quesito; essi se hanno per causa mediata lo stato, hanno per causa immediata gli atti giuridici che si compiono sotto l'impero della nuova legge.

Quindi le relazioni giuridiche fra i membri di una famiglia sono rette dalla legge nuova.

Pel codice Siciliano non vi era obbligo di somministrarsi gli alimenti agli affini. Non è così pel codice Italiano.

Secondo l'art 1570 la reciproca obbligazione degli alimenti ha pure luogo fra suocero, suocera, genero e nuora. alla attuazione del codice italiano sorge tantosto una tale obbligazione, quantunque il matrimonio siasi celebrato sotto l'impero del codice siciliano, e sia nato ciò prima della sua attuazione la relazione di affinità.

Per l'applicazione dello stesso principio, se una nuova legge abolisce l'adozione, cesserebbero tutti i diritti e tutte le obbligazioni tra adottante e adottato, ancorchè l'adozione sia un fatto compiuto sotto l'impero del vigente codice.

(1) Per le citate leggi non era proibito il matrimonio fra cugini

Digitized by Google

Sezione III

Applicazione della regola alla capacità delle persone

Sommario C

4 La capacità è sempre nel demanio della legge.
5 Se la capacità dell'emancipato sia un diritto acquisito.
6 Incapacità della Donna maritata.
7 Incapacità dell'interdetto e dell'inabilitato.
28 Sia podestà, autorità maritale, tutela, curatela.
Esse sono sempre nel Dominio della legge
9 Validità degli atti consumati prima della incapacità.

XXIV

La capacità come bene osserva il Marcadé, è sempre nel demanio della legge, conciossiachè l'individuo capace non ha acquistato alcun diritto per conservare per l'avvenire la capacità di cui al presente gode. Questa idea richiede maggiore sviluppo

La capacità non si riceve dalla legge ma dalla natura. È invece l'incapacità, cioè la restrizione della libertà naturale che trova la sua sorgente nella legge.

Chi diviene maggiorenne, chi riacquista per una seconda legge quella capacità che era stata sospesa da una legge precedente, ritorna altra volta fuori la sfera della legge, e quindi nella pienezza della sua libertà naturale; e come una prima volta si è potuta sospendere la capacità di un cittadino, così può sospendersi una seconda, una terza volta; avvegnachè qui si tratta di una legge protettrice, né possiamo acquistare il diritto di non essere protetti dalla legge.

È questo il sistema ritenuto dal nostro legislatore con l'art 9 della legge transitoria. I figli che, al giorno

Digitized by Google

dell'attuazione del nuovo codice, avessero compiuti gli anni ventuno o avessero contratto matrimonio, sono sciolti dalla patria podestà. Quelli che al detto giorno non hanno compiuti gli anni ventuno e non trovansi nello stato legale o volontaria emancipazione, sono sottoposti alla patria podestà o alla tutela, giusta le disposizioni dello stesso dice.

L'illustre Savigny sostiene il contrario, ma la sua dottrina è stata seguita da pochi. Egli crede che vi sia un diritto quistato, e che, facendosi ricadere nella incapacità colui che già era maggiore per la legge precedente, si violerebbe il principio della irretroattività.

XXV

Si domanda se il minore emancipato prima della pubblicazione della nuova legge, può ricadere nella incapacità. Il Laurent risponde al quesito facendo la seguente distinzione, cioè: « Si l'emancipation a eu lieu par fait du mineur ou du tuteur, il faut appliquer le principe que la loi respecte les actes faits en vertu de ses dispositions peu importe que le code maintienne ou non ce mode d'emancipation. Si au contraire, l'emancipation était l'effet de la loi, le législateur peut modifier l'état qu'il a créé et le juge dans le silence de la loi doit l'appliquer en ce sens. » (N. 185)

Questa distinzione parmi arbitraria. La emancipazione non attribuisce stato ma semplice capacità al emancipato, e la capacità, come abbiamo detto, è sempre per l'avvenire nel dominio della legge. La capacità non può esser tolta che dalla legge e [illegible] alla legge e alla legge sola legge di restituirla. [illegible]

Digitized by Google

se la restituisca immediatamente ovvero mediatamente.

Se il legislatore può far ricadere nella incapacità colui che per una precedente legge, era maggiore, così può far ricadere nella incapacità quell'altro che, sotto l'impero di una prima legge, era stato emancipato.

L'emancipazione non attribuisce un diritto quesito, un diritto irrevocabile, come non lo attribuisce l'età.

Non si creda che il nostro legislatore abbia seguito un sistema contrario. Non vale il citare l'art. 1° della legge transitoria così concepito: << I minori di età, che al giorno dell'attuazione del nuovo codice siano emancipati o abilitati o abbiano contratto matrimonio, saranno soggetti alle disposizioni da esso stabilite per gli emancipati. >>

Il nostro legislatore non si è pronunciato nè occorreva pronunciarsi sulla proposta questione. Avendo il vigente codice ammessa l'emancipazione, non vi sarebbe stata ragione a non riconoscere e ad annullare quella che si era precedentemente conseguita. Gli effetti della emancipazione conseguita sotto lo impero della legge abrogata sono regolati dalla nuova legge.

XXVI

La capacità della donna maritata è regolata pure dalla legge nuova, quantunque il matrimonio si fosse contratto quando vigea la precedente legge, e si applica anche qui la stessa regola cioè, che la capacità resta sempre nel dominio della legge e, come per una legge nuova si può perdere, così una legge nuova può farla riacquistarla.

In virtù del codice Siciliano era molto ristretta la capacità della donna maritata; non così pel codice Sta-

liano, il quale se non l'ha pienamente emancipata, le ha però restituita gran parte della sua libertà naturale.

Contratto il matrimonio sotto il codice del 1819, se avesse, prima dell'attuazione del codice italiano, accettato una donazione senza l'autorizzazione del marito, la donazione sarebbe stata annullabile; non così se la donazione fosse accettata sotto l'impero del vigente codice.

XXVII

Trattandosi della incapacità degli interdetti devesi immantinenti applicare, come per tutt'altra incapacità, la legge nuova. Fin quì non vi è nè vi può essere divergenza di opinioni. Si questiona però, se sia necessaria una nuova sentenza che revochi la prima, ovvero si acquisti la capacità ipso jure ed immantinenti alla pubblicazione della legge nuova quando l'incapacità sia pronunciata dal giudice.

Parmi facile la soluzione: se la capacità si acquista così perde per virtù immediata della legge, ed in questo caso si acquista o si perde ipso jure; ma se per perdersi o riacquistarsi, si richiede un giudicato, come per l'interdizione, in questo caso, perchè in virtù di un giudicato si è perduto, si richiede un altro giudicato per riacquistarsi.

Se per la legge nuova non si acquista pienamente ma in parte la capacità, come p. e. se un prodigo fosse stato interdetto sotto l'impero di una legge che lo assimilava al demente; mentre per la legge nuova sarebbe semplicemente inabilitato, non può esser tolta la interdizione, e rimettersi l'interdetto in istato di piena capacità, senza che si passi prima

Digitized by Google

alla nomina di un curatore, la di cui assistenza è necessaria per quegli atti che potrebbero compromettere la propria fortuna e che sono noverati dall'art 559 del codice civile. Se vi fosse interruzione, la capacità potrebbe essergli fatale. Questi danni appunto ha inteso prevenire il legislatore con l'art 18 della legge transitoria: << Le interdizioni, le inabilitazioni e qualsiasi deputazione di tutore, o consulente giudiziario, secondo le leggi anteriori continuano ad avere il loro effetto, finchè non siasi altrimenti provveduto dall'autorità giudiziaria, sull'istanza di qualunque interessato o del pubblico ministero a norma delle disposizioni stabilite dal nuovo codice. >>

Or qui si domanda: se è l'interdetto che fa l'istanza per essere revocata la interdizione, può il giudice revocando l'interdizione, inabilitarlo, ordinando la nomina di un curatore? Laurent sostiene la negativa.

Ecco questo il suo ragionamento: << Merlin enseigne, et il a été juge en ce sens, que le tribunal saisi de la demande en mainlevée de l'interdiction, peut, par le même jugement qui la prononce défendre au prodigue d'aliéner biens sans l'assistance d'un conseil. Nous ne comprenons pas que le juge statue sur une question qui ne lui est pas soumise. Le prodigue interdit ne lui demande pas la nomination d'un conseil, il n'en a pas le droit, le ministère public pas d'avantage; le tribunal ne est donc saisi que d'une demande en mainlevée, dès lors il ne peut que lever l'interdiction. Il est vrai que l'article 499 du code lui permet en rejetant la demande en interdiction, de nommer un conseil judiciaire au défendeur, mais dans ce cas il est saisi d'une demande que a

Digitized by Google

pour objet d'interdire une personne pour cause de demence; pouvant la mettre sous tutelle il est naturel que il puisse la placer simplement sous conseil, tandis que si le prodigue interdit lui demande la mainlevée de l'interdiction, il n'est saisi d'aucune action tendante à prendre des mesures en faveur du prodigue.» (n. 191)

Propendo più per l'opinione di Merlin, anzichè per quella di Laurent. Non credo che il giudice pronunci contra petita quando accorda una semi capacità a colui che la domanda intera, come non pronuncia contra petita quando si domandano mille ed il giudice ne accorda cento. Nel più si mantiene il meno.

Il sostegno dell'opinione che noi dividiamo, si cita per analogia l'art 499 del codice francese (339 del codice italiano)

Le due ipotesi se non sono identiche sono analoghe. In caso si domanda l'interdizione e invece si pronuncia la inabilitazione; qual meraviglia se nell'altro caso si dichiara la inabilitazione, mentre si domanda la revoca dell'interdizione? Sì nell'una che nell'altra ipotesi il giudice farebbe diritto in parte alla domanda dello attore. Perchè promuoversi un secondo giudizio, se basta una sentenza sola per la soluzione della questione?

Lo stesso principio regola la interdizione legale: «Le incapacità civili, non più ammesse dall'art precedente, cessano di diritto dal giorno dell'attuazione del detto codice.» (articolo 4 delle disposizioni transitorie)

La nostra regola si applica infine allo inabilitato. È la legge nuova che impera sulla condizione di lui.

Digitized by Google

XXVIII

La potestà patria, l'autorità maritale, l'autorità del tutore e del curatore non sono diritti di vero nome. Esse sono sempre nel demanio della legge come lo è la capacità «La potestà maritale (sono parole di Demolombe) non è come la legittimità dei coniugi e dei figlioli, lo scopo stesso, il fine principale e determinante del matrimonio; ma è, senza dubbio, un effetto, e di tal forza che le parti non hanno potuto essenzialmente riporvi alcuna loro fiducia. Simile è della potestà paterna; il risultamento essenziale dei rapporti di paternità e di figliazione già una volta legalmente stabiliti, è lo stato di padre, di figliolo legittimo o naturale ecc. in modo che la podestà patria è anche qui una conseguenza alla quale sonosi assai meno arrestate l'attenzione e la confidenza delle parti.

Ciò che essi hanno voluto principalmente, il marito, la moglie, il padre, il figliolo è la consacrazione legale dei vincoli che li uniscono, è in una parola, lo stato istesso, rimettendosi per il modo onde debba questo stato essere regolato, all'alta e suprema tutela della legge» (Lom 1, n. 43)

Conseguenze che ne derivano

Per le leggi civile del 1819, alla morte di uno dei genitori, la potestà patria del genitore superstite s'inveriva in tutela. Ora quantunque la morte del genitore fosse avvenuta sotto l'impero di quelle leggi, ed il genitore superstite fosse tantosto divenuto semplice tutore, all'attuazione del vigente codice riacquisterebbe ipso jure la patria potestà.

E come la patria potestà, così gli attributi di essa sono regolati dalla nuova legge. È uno degli attributi l'usufrutto sui beni del figlio; se per le antiche leggi

Digitized by Google

l'usufrutto fosse cessato prima che il figlio avesse raggiunto l'età di ventuni anno e prima della emancipazione; ovvero non fosse per le leggi precedenti l'usufrutto in parola attributo della patria potestà, all'attuazione del nuovo codice, i genitori lo conseguirebbero ai sensi dell'art. 228 (legge transitoria art. 11). E se l'usufrutto legale, già spettante ai genitori sui beni dei loro figli, che non siano legalmente o volontariamente emancipati, è conservato, spetta ai medesimi a norma del nuovo codice.

Se l'usufrutto competesse ai genitori dopo la maggiore età o l'emancipazione dei figli, è loro conservato pel tempo che rimane a decorrere secondo le leggi anteriori; quando però tale tempo eccedesse il termine di un anno dall'attuazione del detto codice, l'usufrutto cesserà allo scadere dello stesso anno.

L'usufrutto legale, spettante agli ascendenti, secondo le leggi anteriori, cessa coll'attuazione del nuovo codice, e spetta ai genitori, se ve ne sono, a norma delle disposizioni in esso contenute (legge cit., art 10)

Il diritto di custodia e di correzione, altro attributo della p. patria potestà, sarà pure regolato dagli art 221, 222, 223 del vigente codice anziché dalle leggi precedenti.

Per l'art 302 delle leggi civili siciliane, quando il padre si aveva gravi motivi di malcontento per la condotta del figlio, il quale non aveva compiuto l'anno quindicesimo, poteva farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese, ed il Presidente del Tribunale, sulla richiesta del padre, dovea ordinarlo.

Ora, il padre che al tempo dell'attuazione del codice italiano si fosse trovato nell'esercizio della sua potestà, non potrebbe più esercitare questo esorbitante diritto. E sia qualunque

Tesi N 6 Lit Marelli

Digitized by Google

l'età del figlio, il padre altra potestà non avrebbe che quella di ricorrere al Presidente del tribunale per collocarlo in quella casa o in quello istituto di educazione o di correzione che giudicherà più conveniente a correggerlo, a migliorarlo, ed è nelle facoltà del presidente di negare l'autorizzazione.

Deesi la stessa regola applicare alla tutela ed ai consigli di famiglia, quando la tutela si fosse aperta sotto l'impero di leggi diverse.

Se pel nuovo codice la tutela è attribuita a persone diverse da quelle cui l'attribuiva la prima legge, il consiglio di famiglia è chiamato a deliberare se debba preferirsi il tutore che già si trovi in esercizio ovvero la persona chiamata a codesto ufficio dalla vigente legge (legge cit., art 12)

Il codice Italiano non ammette pluralità di tutori. Se all'attuazione di esso vi siano più tutori, spetta pure al consiglio di famiglia deliberare chi di loro debba essere preferito nella tutela (art. 12 della legge)

Il tutore surrogato ed il tutore onorario rimarranno in uffizio con la qualità di protutori. E se erano più tutori onorari, la scelta sarà fatta dal consiglio di famiglia.

Esso nominerà un protutore, se per la legge precedente non vi era nè protutore nè tutore surrogato, ne tutore onorario (art 13)

Il codice Italiano per evitare i raggiri che sogliono essere frequenti, quando il consiglio di famiglia non è sempre composto dalle stesse persone, come pure, per essere i consulenti meglio informati degli affari relativi alla tutela, con l'art. 249 dispone che, all'apertura della tutela si costituisse un consiglio di famiglia permanente,

Digitized by Google

ma se questo non vi fosse alla attuazione del nuovo codice, in una tutela precedentemente aperta, deesi senza ritardo, costituire, e sono obbligati a chiederne la convocazione, entro due mesi, i tutori, i protutori e le altre persone indicate nell'art. 250 del codice civile, sotto le pene in esso stabilite. La convocazione può anche ordinarsi d'ufficio dal pretore, o sull'istanza del pubblico ministero o del sindaco del comune (art. 14 della legge)

Come per la tutela, così pure per la curatela la legge nuova trova pronta applicazione

XXIX

Gli atti fatti da colui che trovasi capace prima della legge nuova, non possono avere lo stesso destino che ha la capacità.

Se furono consumati sotto l'egida della legge precedente e da questi atti scaturirono diritti certi ed irrevocabili o in favore di lui o in favore dei terzi, gli atti in parola non potrebbero essere annullati, nè cancellati i diritti quesiti e che già erano stati riconosciuti e garantiti dalla legge del tempo.

Sezione 5ª

Applicazione della regola ai diritti patrimoniali che derivano dall'occupazione, della donazione e dalla successione

Sommario

30- Cause immediate dei diritti patrimoniali

31- Legge relativamente al tesoro

32 Diritti quesiti che derivano dalla successione - Legge che regola la capacità di testare, la capacità di ricevere per successione e la idoneità della cosa, obbietto della disposizione.

Digitized by Google

33- È la legge del tempo in cui si apre la successione che determina i successibili e l'ordine di succedere.

34- Beneficio d'inventario.

35- Legge che regola la capacità del donante e quella del donatore.

36 Legge che regola la quota di riserva.

37 Retroattività della legge eversiva delle sostituzioni

XXX

Le cause immediate dei diritti reali sono l'occupazione, la donazione, la successione, i contratti, quando col solo consenso ed indipendentemente dalla tradizione si trasmettono i diritti; la prescrizione. Quindi vi sarà diritto quesito, quando l'occupazione è consumata; quando la donazione è accettata, e se è fatta all'assente quando l'accettazione è notificata al donante, quando la successione è aperta, quando il contratto è perfetto mediante l'incontro dei consensi, finalmente quando è decorso il termine determinato dalla legge per compiersi la prescrizione.

Le cause dei diritti di obbligazione sono il contratto, il quasi contratto, il delitto, il quasi delitto, la legge.

Il diritto sarà quesito se sarà compiuto il contratto, ove in altri termini quando vi sarà l'incontro dei consensi, se sarà consumato il fatto che costituisce il quasi contratto, il delitto, il quasi delitto. E se la legge la sorgente del diritto, quando si è nei casi determinati dalla legge medesima.

Fissati questi principii è facile l'applicazione.

Digitized by Google

XXXI

L'occupazione è fondata sulla regola res nullius cedit primo occupanti. Fra le res nullius comprendonsi pure quelle abbandonate dal proprietario. Trattandosi di occupazione, avvi acquisto senza trasmissione; la sorgente del diritto è il fatto, ed il diritto è quesito, tostochè il fatto dell'occupazione è consumato. In virtù dell'articolo 714 del codice civile, il tesoro rinvenuto nel fondo altrui, purchè sia stato scoperto per caso, appartiene per metà al ritrovatore e per metà al proprietario del fondo. Una legge nuova che modifichi o il diritto del proprietario o quello dell'inventore, sarebbe inapplicabile se il tesoro fosse stato precedentemente trovato.

Se si trovi il tesoro in un fondo enfiteutico sotto l'impero del vigente codice, e l'enfiteusi si fosse costituito sotto il codice siciliano, la metà, spettante al proprietario, si spetterà esclusivamente all'enfiteuta ai sensi del capoverso dell'art 1561 del codice italiano, ovvero dovrà ugualmente dividersi fra concedente e concessionario, giusto l'art 1686 dell'abolito codice siciliano? Io propendo, per l'applicabilità del codice siciliano, imperocchè gli articoli 30 e seguenti della legge transitoria non danno effetto retroattivo all'art 561, e la duplicità del dominio, se la novella legge non l'ha più tollerato nelle nuove enfiteusi, l'ha però conservato trattandosi di enfiteusi antiche. L'art 29 della legge transitoria sanisce che « le rendite, e prestazioni, e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, censo, albergamento

nullo, quantunque l'interdetto avesse avuto l'uso della ragione, e perciò fosse stato naturalmente capace al tempo in cui il testamento fu fatto. E se pure in seguito fosse revocata l'interdizione, sarebbe sempre nullo.

È questa una incapacità giuridica fondata in una presunta incapacità morale.

Credo che la stessa soluzione debbasi dare nella prima delle due ipotesi contemplate dal Sig. Pacifici Mazzoni, che è quella del testamento fatto sotto l'impero del codice siciliano da chi non aveva ancora compiuto l'età di anni sedici. La legge presume mancanza di discernimento per difetto di età nel minore di anni sedici, per lo che tratterebbesi anche di un caso di incapacità giuridica per presunta incapacità morale.

Trattandosi invece di una incapacità tutta affatto giuridica tutta affatto indipendente dalla incapacità morale; se la volontà del testatore fu pienamente libera quando fece il suo testamento e lo fece con tutto discernimento; se l'incapacità giuridica determinata dalla prima legge è basata su principii non reputati valevoli dalla seconda legge; se il testamento prima della morte del testatore non è che un semplice progetto, e diviene sorgente di diritti quando si apre la successione, perchè applicare le due leggi, anche quella abrogata, e non la sola legge che impera al tempo dell'aperta successione, che è la sola che dà vita ed effetti alle disposizioni testamentarie?

L'erede ed il legatario acquistano il diritto quando si apre la successione. Quindi la legge che

regola la capacità di ricevere per successione, sia legittima, sia testamentaria, e quella che impera al tempo della apertura della successione medesima.

È questa pure la dottrina dei signori Pacifici Mazzoni e Gabba

Il Lasalle, citato dal Pacifici, sostiene ancora oggi di la necessità della capacità dell'onorato al tempo dell'accettazione. Quantunque pel codice italiano si acquista la qualità di erede mediante l'accettazione, pure, per l'effetto retroattivo dell'accettazione medesima, il diritto risale al momento dell'aperta successione, e sin d'allora si reputa acquistata tanto la proprietà quanto il possesso dei beni ereditati

La massima: le mort saisit le vif, introdotta dal codice francese è pure applicabile appo noi per l'effetto retroattivo dell'accettazione

Per lo stesso principio è la legge del tempo dell'aperta successione quella che regola la idoneità della cosa che forma l'obbietto delle disposizioni testamentarie (1.)

XXXIII

La legge che impera all'apertura delle successioni determina i successibili. Se la successione si apre dopo all'attuazione del codice italiano ed è intestata, il coniuge superstite, quantunque il matrimonio si fosse celebrato sotto l'impero di altri codici succederebbe ai sensi del

(1) Pacifici Mazzoni, pag. 230

Digitized by Google

l'art 753 del codice italiano; e se la successione fosse testamentaria ed il coniuge fosse preterito, avrebbe sulla eredità i diritti che il vigente codice attribuisce al coniuge superstite con gli articoli 812 e seg.

L'ordine di succedere è parimente regolato dalla legge nuova; quindi, aprendosi la successione sotto il vigente codice, troverebbe applicazione l'art 740 che chiama alla successione i fratelli o le sorelle unilaterali discendenti in concorso coi fratelli e sorelle germani e coi genitori, attribuendo ai fratelli e sorelle unilaterali, metà di quella quota di fatto che conseguirebbero i fratelli e le sorelle germane.

XXXIV

L'acquisto irrevocabile della qualità di erede, e sé di erede beneficiato come di erede indiscreto, suppone il fatto dell'erede, cioè l'accettazione della devoluta eredità. Se la successione fu aperta prima dell'attuazione del codice in vigore e l'erede sotto l'impero della legge precedente non aveva ancora accettata l'eredità puramente e semplicemente saranno applicabili le disposizioni del nuovo codice relative al beneficio d'inventario sono anche applicabili alle successioni aperte prima dell'attuazione del medesimo, quando lo erede, secondo le leggi anteriori, sia ancora in diritto di accettare col detto beneficio. Non di meno, gli atti già cominciati, sotto le leggi anteriori, si devono compiere secondo quelle leggi (Leg trans. art 6)

XXXV

Il donante deve essere capace al tempo in cui si fa la donazione; ed è la legge vigente in quel tempo che si deve applicare; e se la donazione è fatta all'assente,

Digitized by Google

dev' essere capace pure al tempo in cui l'accettazione è notificata al donante; per lo che deesi pure applicare la legge del tempo della notificazione suddetta. Per l'art 1037 del codice civile « la donazione non ha effetto se non dal giorno in cui sarà notificato al donante l'atto di accettazione. » Il donatario invece deve essere capace al momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante: ed è perciò la capacità di lui regolata dalla legge del tempo in cui avviene la detta notificazione.

XXXVI

Il diritto dei legittimari si acquista alla morte del testatore, ed è la legge che impera al tempo dell'apertura della successione quella che determina la quota di riserva.

Le disposizioni testamentarie saranno ridotte ai sensi della legge medesima.

Fin quì non vi è nè vi può essere contrasto.

Trattandosi però di riduzione di donazione, la legge, che impera al tempo dell'apertura della successione, aumenta o diminuisce la quota di riserva, la riduzione deve farsi ai sensi della legge che imperava al tempo in cui fu stipulata la donazione? Generalmente si dà la preferenza alla legge del tempo in cui fu fatta la donazione; imperocchè, con la donazione, si trasmettono diritti certi ed irrevocabili nel donatario, e questi non possono essere colpiti dalla legge nuova.

Non tutti però la intendono in questo modo. Il Laurent che vorrebbe applicata la legge del tempo in cui si apre la successione, combattendo la dottrina di Merlin e di Chabot, così scrive:

« Merlin avoue, et tout jurisconsulte doit avouer avec lui que la

reduction est une resolution. Ce qui veut dire, que les donations sont faites sous condition résolutoire.

Quelle est cette condition résolutoire et d'où dérive-t-elle? Il n'y a d'autres conditions resolutoires, comme le dit Chabot, que celles qui sont stipulees par les parties ou établies par la loi. En matière de réduction il ne peut pas être question de conditions conventionnelles, car le disponible et la réserve ne dépendent pas des conventions; les légitimaires viennent, au contraire, resoudre des contrats que les parties ont voulu faire irrevocables.

« Il ne peut donc s'agir que d'une condition résolutoire légale. C'est en effet la loi qui établit la riserve. Mais quelle loi? Là est le noeud de la difficulté.

« Chabot réponds que la condition résolutoire légale est celle qui est écrite dans la loi existante au moment du contrat, loi à la quelle les parties se sont nécéssairement soumises. Ici est, à notre avis, l'erreur qui a entraîné la doctrine et la jurisprudence. Non, ce n'est pas la loi du jour où la donation se fait qui détermine la réserve, est par suite la disponible; car la réserve est un droit de succession, donc un droit éventuel, incertain, qui pourra exister, qui pourra aussi ne pas exister, tout dépendant de la loi qui sera en vigueur lors de l'ouverture de l'hérédité; cette loi pourra augmenter la réserve, elle pourra aussi la diminuer et même l'abolir. Donc au moment où la donation se fait, le donateur, et le donataire ignorent pas s'il y aura une légitime, ils ignorent quels seront les droits des légitimaires. Et l'on veut que les parties s'en soient rapportées à la loi qui existait au mo-

Digitized by Google

ment de la donation! Puisque la donation pouvoit être resolue en tout ou en partie par la réserve, c'est la loi qui fixe la réserve qui détermine la condition resolutoire à la quelle la donation est soumise, et cette loi est celle du décès.» (Comm. cit. n. 249

Se la condizione fosse aggiunta non dalla legge del tempo in cui si fa la donazione, ma da quella vigente all'apertura della successione, il diritto del donatario sarebbe puro e semplice al suo nascere, ne potrebbe divenire alla sua insaputa condizionato per una legge sopravvenuta senza violarsi il principio della irretroattività.

Ne si dica che la legge vigente al tempo della donazione sia rimessiva ad una legge posteriore, ad una legge possibile

Non può essere pensiero del legislatore attendere e dare immanzi tempo effetto ad una legge che non esiste. Se il legislatore riconoscesse inopportuna od ingiusta la vigente legge, la revocherebbe o la modificherebbe tantosto e senza indugio, invece di rimettersi a dare efficacia ad una legge che sarebbe nel la sfera del possibile.

Molto meno può dirsi che le parti, provvedendo una legge nuova che aumenti la quota dei legittimatari, hanno avuto l'intendimento di sobbarcarsi alla legge medesima.

Non solo dovrebbesi presumere in loro una tale preveggenza, ma pure la certezza che nella ipotesi contemplata, dovrebbesi applicare la legge nuova. Si supporrebbe in questo modo dimostrato ciò che dovrebbesi dimostrare.. Le parti, quando contrattano hanno fiducia che i loro diritti sono protetti dalla legge del tempo in cui contrattano, e senza timore, che una

legge possibile potesse colpirli. Facendosi una donazione sotto l'impero del codice italiano, le parti hanno di mira non già una legge possibile, ma invece l'art 1091 e le disposizioni contenute nel capo 2, titolo 2 del libro 3°. le quali prescrivono che le liberalità non possono oltrepassare la metà dei beni del testatore o donante, se questi lascia figli, e di due terzi se non lascia ne figli nè discendenti, ma ascendenti. Come può essere ridotta la donazione in danno del donatario se la donazione fu fatta entro i limiti segnati dalla legge?

Per l'articolo citato 1091 le donazioni vanno soggette a riduzioni se al tempo della morte del donante si riconoscono accedenti la porzione dei beni di cui può disporre lo stesso donante. Come ridursi le donazioni se non vi fu eccedenza nella disposizione?

La legittima sarà liquidata ai sensi della legge vigente al tempo dell'aperta successione, mentre la riduzione avrà luogo ai sensi della legge che imperava al tempo della donazione: la sola che aveva limitato e che poteva limitare la facoltà di donare. « Decidere il contrario, son parole del Marcadé, sarebbe riportare sino al tempo della donazione un diritto che allora non esisteva, e togliere al donatario una proprietà che irrevocabilmente aveva acquistata. Questo dunque sarebbe dare alla novella legge un effetto retroattivo » (sull'art 2.)
Leggi inoltre: Chabot. Questions transitoires. v. réduction, Merlin. Répertoire. v. effet rétroactif; Demolombe t. cit. n 51

Che diremo delle altre ipotesi contemplate da

Digitized by Google

Laurent, vale a dire se la quota di riserva sia diminuita ovvero abolita dalla legge nuova? Parmi facile la risposta

Non possono profittarne i legittimari, non potendosi essi conseguire se non quello che loro accorda la legge del tempo in cui si apre la successione; non può approfittarne il donatario, il quale non può avere diritti maggiori di quelli che gli attribuisce la donazione. La differenza spetterebbe quindi all'erede sia testamentario sia legittimo.

Non si è mai dubitato che le convenzioni matrimoniali debbano essere rette dalla legge del tempo del contratto.

Ma qui si domanda: qual'è il momento in cui il contratto si perfeziona? Se cangia la legislazione nell'intervallo che separa l'atto notarile dalla celebrazione del matrimonio, si applicherà la prima ovvero la seconda legge? Il Laurent, il quale cita in sostegno della sua opinione, una decisione della Corte di Bastia del 4 Maggio 1836, cede, che sia applicabile la prima legge. «Mais, così egli, dans l'espéce il s'agit de savoir quelle est l'intention des parties contractantes: il faut donc se reporter au moment où elles ont manifesté leur volonté soit par les clauses expresses du contrat, soit en s'en référant à la loi. Quelle loi? Evidemment celle qui existe lorsque le notaire reçoit l'acte; il est absurde de supposer que les futures epouse aient eu en vue une loi qui n'existait pas et qu'ils ignoraient» (n° 211

Non può certamente trovare applicazione la teorica delle obbligazioni condizionali, imperocchè, per la retroattività della condizione, l'atto produce i suoi effetti, non dal dì in cui si realizza la condizione, ma da quello del contratto. Il diritto, avvegnachè condizionato, è pure diritto quesito. È tutt'altra la natura dei diritti e delle obbligazioni che derivano dalle convenzioni matrimoniali. Non producono effetto alcuno prima della celebrazione del matrimonio avanti l'ufficiale dello stato civile. Non essendovi ancora diritto quesito, non so comprendere perchè non si debba applicare la legge del tempo in cui l'atto riceve il suo compimento.

Se gli sposi, alla promulgazione della seconda legge, che sancisce principii diversi, avessero avuto la intenzione di riferirsi alla prima legge, sarebbero stati sollecitati di modificare il contratto e di sostituire alle clausole sottintese, clausole esplicite: se ciò non hanno fatto è da presumersi che abbiano avuto la intenzione di uniformarsi alla seconda legge

XXXVII

Sostituzioni fidecommissarie. — E qui, nell'interesse generale, si è fatta eccezione alla regola che prescrive la irretroattività della legge. Le moderne legislazioni, informate ai più sani principii di economia sociale e di uguaglianza, hanno retroattivamente sciolto la proprietà del vincolo del fedecommesso, e se ancora per le leggi che governano le antiche provincie italiane, rimaneva qualche radice, la è stata svelta dal codice italiano.

Gli articoli 899 e 1703 del vigente codice, vietano per l'avvenire le sostituzioni in parola, e l'art 24 della legge transitoria scioglie dal vincolo le disposizioni preesistenti all'at

Digitized by Google

kuazione di essa. « I fidicommessi, i maggioraschi e le altre sostituzioni fedecommissarie ordinate secondo le leggi anteriori, sono sciolti dal giorno dell' attuazione del nuovo codice. »

Il primo capoverso dell'articolo, temperando il rigore della legge nello interesse dei chiamati nati o concepiti al giorno della attuazione del nuovo codice, così dispone: « La proprietà della metà dei beni è attribuita al possessore nel giorno I gennaio 1866 e la proprietà dell' altra metà è riservata al primo o primi chiamati nati o concepiti al detto giorno salvo l' usufrutto al possessore.

Sezione 6ª

Applicazione della regola ai diritti patrimoniali che derivano da Contratti

Sommario

38- Quando vi ha diritto quesito che derivi da Contratto.
39- Esempi.
40- Legge che regola i requisiti essenziali del contratto
41- Legge che regola gli effetti del contratto, sia in riguardo alle parti contraenti come in riguardo ai terzi.
42- Retroattività della legge sulle ipoteche.
43- Retroattività della legge relativa alla rendita ed alla enfiteusi

XXXVIII

I contratti sono la principale sorgente dei diritti e come dei diritti reali così dei diritti di obbligazione.

Consumato l'atto giuridico, nasce tantosto il diritto quesito che una novella legge non può senza ingiusti-

Lit Marelli

Digitized by Google

via colpire, meno che la retroattività non sia consigliata
a pubblico interesse.

Fermato questo incontestabile principio, è facile l'applicazione a tutti quei casi possibili e svariati che frequentemente richiamano l'attenzione del forense.

Contemplerò poche ipotesi, che credo saranno sufficienti per render chiaro il concetto

XXXIX

Celebrato il matrimonio, se si era costituita una dote sia dalla sposa sia di un terzo, il marito acquista tantosto il diritto di amministrare e di godere i beni dotali, diritto che una legge nuova non potrebbe colpire. E chi costituisce la dote intende di renderla inalienabile quando per la legge del tempo sono inalienabili i beni dotali

Gli interessi convenzionali permessi senza limitazione dal vigente codice, informato ai principii di libertà e di economia sociale, non sono soggetti a riduzione se una legge posteriore al contratto stabilisce una tassa fissa; imperocché, come bene osserva il Laurent, il diritto sarebbe nel dominio del creditore, ed il legislatore dee rispettarlo. Dès lors le législateur le doit respecter. Ma qui giova ricordare che il legislatore non è legato dalla regola della irretroattività e molto meno se si ritenesse, nel caso nostro, che l'usura sia contraria alla morale.

E si fu appunto per questa considerazione che Giustiniano con la L. 27 fin. C. usuris ha dato effetto retroattivo a quella sua costituzione con la quale prescrive che gli interessi non potevano oltrepassare il 5 per 100

Digitized by Google

Il Laurent, professore in una Università libera del Belgio, ispirato da idee di progresso anziche da superstiziosi ed inveterati pregiudizii, fermando, quando discorre della irretroattività della legge, la sua attenzione sulle leggi restrittive delle usure e quindi sulla citata costituzione di Giustiniano, così scrive: « C'etait une violation du droit de propriété, on ne se l'explique que par les préjugés contre le prêt à l'intérêt dominaient le législateur chrétien. La loi consacrait une veritable expropriation pour cause de religion. Cet excés de pouvoir se conçoit sous le régime d'un César, il est heureusement impossible sous un régime de liberté » (numer. 194)

XXXX

Trattandosi di requisiti essenziali per la validità dei contratti, sarà pure applicabile la legge del tempo della stipulazione. Quindi il contratto sarà valido se i contraenti erano allora incapaci, e viceversa sarebbe il contratto nullo se fossero stati incapaci per la legge del tempo in cui fu stipulato il contratto, quantunque fossero capaci per la legge nuova.

Così sarà nulla la compra dei beni dei figli fatta dal genitore che esercita la patria potestà, la compra fatta dai tutori, protutori, curatori dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; quella fatta da procuratori dei beni che sono incaricati di vendere, quella fatta dagli amministratori dei beni dei comuni o degli Istituti pubblici affidati alla loro cura; quella fatta dai pubblici funzionari dei beni che si vendono

Digitized by Google

sotto la loro autorità o mediante il loro intervento, quantunque una legge posteriore alla vendita resti chi il divieto contenuto negli articoli 1457 e seg del vigente codice. L'obbietto del contratto è regolato pure dalla legge del tempo della stipulazione. Così la vendita della cosa altrui stipulata sotto l'impero della legge romana, sarebbe valida quantunque il codice italiano con l'articolo 1459 la dichiari nulla. Sarebbe valida altresì la vendita di diritti di successione di una persona vivente, fatta sotto l'impero delle leggi romane, quantunque l'art 1460 la dichiari nulla. In pari modo sarebbe nulla la cessione di un diritto litigioso e vi sarebbe luogo al ritratto anastasiano, se una legge posteriore alla cessione e precedente al ritratto, lo abolisse.

Però l'art 24 a dato effetto retroattivo alla legge che dichiara nullo il patto successorio fatto sotto una legge che lo permetteva. Così sono nulle le rinunzie fatte dalle figlie femmine nell'atto dotale o altrimenti, in conformità delle leggi anteriori, tanto se queste escludano le femmine dalle successioni; quanto se le ammettano coi maschi. Sono pure dichiarate nulle le rinunzie fatte da professi religiosi, giusta le leggi anteriori; finalmente lo stesso articolo dichiara nulle le rinunzie fatte dai figli legittimati nell'atto di legittimazione, finalmente la legge che impera al tempo del contratto regolerà le condizioni relative alla validità del consenso

XXXXI

Come i contratti così gli effetti dei medesimi

Digitized by Google

e gli effetti diretti come quelli indiretti, sono regolati dalla legge del tempo in cui si fa il contratto. « Ces effets, son parole del Laurent, que produisent les contrats son inseparable des conventions, ils en forment l'éssence, puisque c'est à raison de ces effets que les parties contractent. Il va donc sans dire que tous les effets de contras sont régis par la loi qui était en vigueur au moment où ils ont été passes » (n. 207)

Il Laurent combatte a ragione la dottrina di Blondeau (Rem Belgica t. VII. pag 300) il quale, facendo distinzione tra effetti e conseguenze del contratto, insegna che gli effetti, che secondo lui sono quelli che derivano necessariamente dal contratto, sono retti dalla legge del tempo in cui si fa il contratto, mentre le conseguenze che derivano in occasione del contratto debbono essere regolate dalla legge del tempo della esecuzione: « La distinction est rationelle, mais nous allons voir que elle est dangereuse même dans les mains d'un juriconsulte comme Merlin. Cela vient de ce que dans l'application il rest très difficile que Distinguer les effets des suites; de là arrive que l'un voit une suite là où un autre trouve un effet; et partant l'un applique la loi nouvelle tandis que l'autre croit qu'il faut appliquer l'ancienne. Nous croyons que mieux vaut laisser là des distinctions oiseuses, est sans tenir au principe qui régit les contrats, et qui suffit pour résoudre le difficultés. »

L'esposta dottrina del Blondeau, che è svolgimento della dottrina del Merlin (Rép. v. effets rétroactifs, sect. III, § 3 num 4) era stata precedentemente respinta

da Duvergier (1) e Demolombe (2) ed il Laurent è qui un felice ripetitore delle idee del Demolombe. Mi piace trascrivere le parole istesse dell'illustre professore: « si è proposta a tal riguardo una distinzione tra gli effetti e le conseguenze dei contratti; gli effetti sarebbero sempre regolati dalla legge in vigore all'epoca del contratto e per contrario le conseguenze dalla legge nuova. In teoria fu generalmente adottata siffatta distinzione, ma molta divergenza incontrasi nell'applicazione (Merlin Rép. t. XVII, alla parola effets rétr. sez III. § 3, art 3).

Ed in vero è ben difficile precisarla, epperò tra le conseguenze del contratto di costituzione di rendita c'è messa ancora la mancanza di pagamento della annualità cosicchè anche i più diretti effetti andrebbero nel novero delle conseguenze. Difatti, qual cosa mai ravvisasi più alla convenzione stessa delle parti, che il punto di conoscere qual sarà il diritto del creditore in caso di interruzione per parte del debitore di siffatta convenzione? » (n. 1. 38)

Ammettendosi il principio che gli effetti del contratto si diretti che indiretti sono regolati dalla legge del tempo del contratto, respingendosi la distinzione tra effetti e conseguenze, sarà facile l'applicazione a tutti i casi possibili.

Tra gli effetti dei contratti havvi la trasmissione della proprietà e degli altri diritti reali.

Se una nuova legge, riproducendo il sistema

(1) Dissertation sur l'effet rétroactif des lois

(2) Cours de code Napoléon, t. I, n. 57.

Digitized by Google

del diritto romano, secondo il quale era necessaria la tradizione per la trasmissione dei diritti la non troverebbe applicazione, trattandosi di una vendita consentita sotto lo impero del codice italiano, quantunque alla attuazione della nuova legge non si sia fatta la tradizione della cosa venduta.

Discagli lo stesso per gli effetti relativi ai terzi. È pure applicabile la legge del tempo in cui si fa il contratto.

Quindi la stipulazione fatta in favore di un terzo ai sensi del capoverso dell'art 1128, è pure regolata dalla prima legge, imperocchè la stipulazione in favore del terzo sarebbe condizione del contratto.

XXXXII

Se il legislatore italiano non ha dato effetto retroattivo alla legge relativa alla formalità della trascrizione, lo ha dato a quella che riguarda la formalità della iscrizione, quantunque sì l'una come l'altra abbiano il medesimo scopo che è quello di agevolare la circolazione dei beni immobili. (Legge transitoria artt 36 e 37)

XXXXIII

Effetto retroattivo si è dato in parte alle leggi che riguardano l'enfiteusi, la rendita e ogni altra qualsiasi prestazione che grava beni immobili.

E se da una parte con l'art 29 della citata legge si dispone che gli oneri in parola sono regolati dalle leggi sotto le quali fossero stati costituiti, da un'altra parte con l'art 40 si dà facoltà agli enfiteuti, ai debitori di rendite semplici o fondiarie

Digitized by Google

costituite sotto le leggi anteriori, di redimere il fondo o riscattare la rendita, giusta le norme stabilite rispettivamente con gli articoli 1361, e 1781 del nuovo codice, non ostante qualunque patto in contrario, e salvo le originarie convenzioni di affrancazione o riscatto più favorevoli agli enfiteuti o debitori.

Altro effetto retroattivo si è dato col 2° capoverso del medesimo articolo in ciò che riguarda il laudemio.

L'utilità deve altresì pagare al direttario la metà di un laudemio nelle enfiteusi perpetue, e tre quarti di laudemio nelle temporanee; il laudemio è fissato secondo i titoli di concessione, ed in mancanza di patto speciale, secondo le leggi sotto le quali le concessioni furono fatte.

Quì si arresta però la eccezione alla regola che prescrive la irretroattività della legge; svolgeremo maggiormente questa idea quando faremo applicazione della regola in parola alle cause di nullità e di risoluzione degli atti giuridici

---

Sezione 2ª

Applicazione della regola alla prescrizione

Sommario

44- Prescrizione consumata

45- Prescrizione in corso

XXXIV

Se la prescrizione è compita sotto l'impero della prima legge, havvi già un diritto quesito che non può esser colpito dalla novella legge.

Digitized by Google

Conseguenza di questo principio è l'articolo 31 delle disposizioni transitorie così concepite: « Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, le quali, al giorno dell'attuazione del nuovo codice, sono state acquistate col possesso secondo le leggi anteriori, sono conservate. »

XXXV

Il criterio del diritto quesito non può trovare applicazione trattandosi di prescrizioni cominciate.

Prudenza ha consigliato il nostro legislatore di dettare l'art 47 delle disposizioni suddette: « le prescrizioni cominciate prima dell'attuazione del nuovo codice sono regolate dalle leggi anteriori.

« Non dimeno le prescrizioni cominciate prima della detta attuazione, e per le quali secondo le leggi anteriori si richiederebbe ancora un tempo maggiore di quello fissato dal nuovo Codice, si compiono col decorso del tempo fissato in esso computabile dal giorno dell'attuazione del medesimo »

Se si dovesse applicare indistintamente e senza eccezione la prima legge, ed anche nel caso in cui il tempo fissato dalla prima legge fosse maggiore ne nascerebbe il seguente assurdo. Supponiamo che per la legge precedente si richiedesse un possesso di quarant'anni per l'acquisto del diritto, e che il possessore abbia avuto un possesso di cinque anni prima dell'attuazione del nuovo codice, che riduce il tempo a trent'anni, in questo caso, per potersi prescrivere sarebbero necessari altri trentacinque anni

Digitized by Google

di possesso, mentre colui che incomincia a possedere all'attuazione del nuovo codice, prescriverebbe col solo possesso di trent'anni

ammettiamo la ipotesi contraria, cioè che la prescrizione in corso dovesse compiersi colla nuova legge, che riduce a trent'anni il tempo di quarant'anni fissato dalla legge precedente; se i trent anni di possesso sieno già decorsi alla pubblicazione della seconda legge, la prescrizione sarebbe compiuta e l'azione di rivendica sarebbe colpita dalla prescrizione, senza che vi sia stata negligenza da parte del proprietario, cui ancora restavano altri dieci anni per poterla interrompere. La disposizione dell'art 48 previene qualsiasi inconveniente. Essa, disponendo che le prescrizioni in corso sono regolate dalla prima legge, salva dalla sorpresa il diritto del proprietario che non ha ingiusto ancora il pensiero di farlo valere, e dall'altra parte, con l'eccezione contenuta nel capoverso, tratta ugualmente colui che comincia a possedere l'attuazione della nuova legge, e quell'altro che precedentemente abbia avuto parecchi anni di possesso.

Colui che aveva cominciato a possedere, profitterà della riduzione del tempo, ma la prescrizione si reputerà cominciata all'attuazione della novella legge, rimanendo inefficace il precedente possesso

Sezione 8ª

Applicazione ai diritti che derivano direttamente dalla legge

Sommario

46- Differenza tra il diritto che deriva dalla legge ed il diritto che deriva dal contratto.

Digitized by Google

47- Diritti in germe detti anche facoltativi.
48- Diritto alle accessioni.
49- Diritto agli alimenti.

XXXVII

Il diritto che deriva dalla legge suppone una condizione, un fatto, ed il diritto, che prima era germe, nasce quando si realizza la condizione. Sta qui la differenza tra il diritto condizionato che deriva dal contratto, ed il diritto che deriva dalla legge, e che potrebbesi anco appellare diritto condizionato. Il primo è diritto quesito anche prima che si realizzi la condizione: ed invero il diritto condizionato che nasce dal contratto può trasmettersi come qualsiasi altro diritto, e la condizione, realizzandosi, retroagisce al tempo del contratto, nè può essere colpita dalla novella legge, quantunque questa preceda l'esistenza della condizione, mentre il diritto che deriva dalla legge, nasce colla condizione, la quale non retroagisce giammai nè può esservi diritto quesito se non quando si realizza la condizione cui dalla legge è subordinato. Esso, prima della condizione, è nel dominio della legge, e può essere colpito da una legge novella senza violarsi menomamente la regola della irretroattività

XXXVII

Nei codici non vi è penuria di disposizioni che contemplano questa specie di diritti che il Merlin appella diritti facultativi e che io chiamerei invece diritti in germe. Sono di questa natura i diritti di acquistare la comunione del muro, quello di conseguire l'uso delle acque che non giovano al vicino, non

Digitized by Google

permettendo la legge che fossero disperse ad emulationem (art 545). Sono pure di questa natura il diritto che si ha di ottenere il passaggio sui fondi vicini (art 393) non che la servitù di acquedotti sui fondi altrui

Qui sorge spontaneo il dubbio: quando il diritto in germe si trasmuterà in diritto quesito? Basta la sola domanda giudiziaria che è quella colla quale si esercita la facoltà, ovvero è necessario un giudicato? Io son di avviso che non siano sufficienti ne l'una ne l'altro, ma che il diritto si acquisti col pagamento della indennità. È quello il momento in cui si consuma la espropriazione forzata per causa di utilità pubblica, e quindi la trasmissione del diritto nella espropriante.

Da quanto abbiamo detto si deduce che fino al pagamento del prezzo troverebbe pronta applicazione la nuova legge.

XXXXVIII

Le accessioni alla proprietà cioè, l'isola, l'alluvione, l'alveo, sono pure concessioni della legge e dee quindi imperare la legge del tempo in cui l'accessione avviene.

In virtù dell'art 488 del codice siciliano se un fiume o una riviera, ma o ne navigabile od atta a trasporto, si apre un nuovo corso abbandonando l'antico letto, i proprietari dei fondi occupati si dividono a titolo d'indennità l'antico letto abbandonato, ciascuno in proporzione del terreno che gli è stato tolto. Questa disposizione è stata revocata

Digitized by Google

dall'art 260, il quale disp.ne che, se un fiume o torrente forma un novello letto abbandonato l'antico, questo spetta ai proprietari confinanti alle due rive. Essi se lo dividono sino al mezzo del letto medesimo, secondo l'estensione della fronte del fondo di ciascuno.

XXXXIX

Il diritto agli alimenti nasce esclusivamente dalla legge ed è sempre nel dominio della legge medesima. Non avvi mico diritto come quello dell'usufrutto, ma una serie di diritti successivi ciascun dei quali nasce quando nasce il bisogno e cessa con l'estinguersi del bisogno medesimo. Ed invero l'obbligo di somministrare gli alimenti non si trasmette, come ogni altra obbligazione, negli eredi, quantunque si somministrassero in esecuzione di sentenza (art 146 cod civ)

In virtù dell'art 141 del vigente codice anche i fratelli e le sorelle hanno diritto alla somministrazione degli alimenti strettamente necessari, quando per un difetto di corpo o di mente, o per qualsiasi altra causa non imputabile a loro colpa, non se li possono procacciare.

Or bene se questa disposizione è derogata da una legge novella, all'attuazione della stessa, il fratello è sciolto dalla sua obbligazione, quantunque sia stato un giudicato che lo abbia condannato; e può agire con la condictio indebiti, se avesse fatto dei pagamenti dopo la pubblicazione della nuova legge.

Digitized by Google

Però è nel suo interesse, per prevenire l'esecuzione del giudicato, di provocare una sentenza che lo assolva, procedendo all'uopo o con l'opposizione agli atti di esecuzione, ovvero con una novella istanza.

Sezione 9ª

applicazione della regola alla risoluzione degli atti giuridici

Sommario

50- La nullità, la rivocazione, la risoluzione e la rescissione di un atto giuridico qualunque sono rette dalla legge del tempo in cui fu stipulato l'atto

L

Trattandosi di requisiti essenziali per la validità dei contratti (e lo stesso si dica per qualsiasi atto giuridico) la legge che impera è quella del tempo della stipulazione. Se ciò è vero, dev'essere vero altresì che le cause di nullità sieno quelle determinate dalla legge vigente al tempo in cui l'atto giuridico è consumato.

Lo stesso deesi dire per le cause di rivocazione, di risoluzione, di rescissione degli atti. È lo art 27 delle disposizioni transitorie così concepito. „ Tutte „ le donazioni, divenute perfette prima dell'attuazione del nuovo codice, sono regolate dalle leggi „ anteriori anche in ciò che riguarda la rivocabilità, la risoluzione di esse „ non è che la

conseguenza di un principio generale applicabile a tutti gli atti giuridici.

Le parti, nel prestare il loro consenso ad un atto giuridico, hanno inteso sobbarcarsi a tutte le conseguenze determinate dalla legge del tempo (1); come per le clausole espresse, così per quelle sottintese devesi applicare la legge del tempo in cui si stipula il contratto.

La ragione è la stessa, come per le une, così per le altre. Le clausole in parola sono parti integrali del contratto. E se con le prime la volontà delle parti è espressa, è sottintesa con le seconde. Il legislatore, stando ai casi ordinari, la presume, e questa presunzione è confermata dal silenzio delle parti, imperocchè, se fosse stata tutt'altra la loro volontà, avrebbero curato con una clausola espressa di rendere inapplicabile al caso speciale la presunzione della legge.

Però queste considerazioni non parmi accettabile la massima contraria. Si sostiene dai sostenitori di essa che la risoluzione è la conseguenza immediata di un fatto consumato sotto l'impero della novella legge

avrebbero però dovuto considerare che un tal fatto, cioè il mancato pagamento, sia stata la condizione

(1) Questo principio non è applicabile all'azione pauliana, la quale avendo per causa mira la frode anzichè il contratto, debb'essere regolata dalla legge del tempo in cui si consuma la frode (Gabba IV. 167 e seg, Pacifici)

Digitized by Google

che le parti si ebbero di mira nella loro convenzione. Dicono inoltre che si tratta di una pena inflitta dalla nuova legge per meglio assicurare l'adempimento della obbligazione. Qui non si tratta di una pena inflitta nell'interesse sociale.

La risoluzione del contratto è pena che s'impone lo stesso debitore. Se la infligesse la legge indipendentemente dalla volontà delle parti, la sarebbe cosa poco umana aggravando la condizione del debitore, e rendendosi più severa di quanto lo sia lo stesso creditore.

Fermato il principio, sorgono spontaneamente le seguenti conseguenze

Se si stipula un contratto bilaterale sotto l'impero del vigente codice, sarà sempre applicata la disposizione dell'art 1164 in virtù della quale la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alle sue obbligazioni, e ciò quantunque l'inadempimento avvenga sotto una legge che revochi la disposizione in parola. E viceversa, se fu il contratto stipulato sotto una legge che non ammette la clausola risolutiva, tacita, non vi sarà luogo a risoluzione, se l'inadempimento avvenga sotto l'impero del codice italiano.

Digitized by Google

Sezione 10ª

Applicazione della regola alle forme estrinseche degli atti

Sommario

51. La forma estrinseca degli atti è retta dalla regola: tempus regit actum
52. Se sia applicabile ai testamenti
53. Del testamento congiuntivo

LI

Si violerebbe la regola della irretroattività della legge se si annullasse un atto fatto con le forme prescritte dalla legge del tempo, in cui esso si ebbe il suo compimento e non già colle forme prescritte dalla legge del tempo della sua esecuzione

Compiuto l'atto, esso produce tantosto i suoi effetti, e viceversa deve si dichiarare nullo se furono violate le forme prescritte dalla prima legge, quantunque nella forma si sia osservata la legge che impera al tempo della sua esecuzione

LII

La massima tempus regit actum è pure applicabile ai testamenti? Io propendo per la negativa.

Debbo però confessare che la opinione contraria sia generalmente seguita.

Il testamento non è che un semplice progetto finchè il testatore; sarà atto compiuto come progetto, e non già come atto giuridico traslativo di diritti. Se rimangono sospesi i suoi effetti, perchè non deve rimanere sospesa anche la sua esistenza? La legge non può avere effetto retroattivo, per non essere annientato un diritto legittimamente acquistato, e se il diritto non si acquista sotto l'impero della

Digitized by Google

legge vigente al tempo della confezione del testamento, ma sotto l'impero di quell'altra che vige al tempo dell'aperta successione, perchè deve applicarsi la prima legge e non già la seconda?

Con la seconda legge si cambiano le forme del testamento, perchè, secondo la idea del legislatore, quelle stabilite dalla legge precedente non bastano per accertarne la volontà. Se la cosa è così, come il legislatore può dare efficacia ad un atto cui non ha fiducia, ad un testamento che non è la espressione sicura della volontà del testatore?

Il Demolombe (1) crede di trovare un argomento nel testo della legge, in sostegno della opinione contraria: « In effetti, son sue parole, ponete ben mente che il nostro articolo 2° non dice solo che la legge non ha effetto retroattivo; ma comincia con queste parole: la legge non dispone che per l'avvenire.

Io parmi sia qui una leggiera gradazione da non dover essere trasandata.

« Invece si direbbe che l'applicazione della nuova legge non offenderebbe alcun diritto, perchè il legatario, non ne ha assolutamente alcuno. Io ho già disposto che il diritto è acquistato per rispetto alla validità estrinseca, ed alla forma probante dell'atto stesso. Aggiungo ora che, se la nuova legge annullasse questo atto anteriore per inosservanza delle forme da essa stabilite, non disporrebbe per l'avvenire solamente, ma per il passato eziandio. »

Non credo che le parole: la legge non dispone che per l'avvenire esprimano un altro concetto che non sia com-

(1) Tom. 1, n. 49

Digitized by Google

preso nell'altra proposizione: essa non ha effetto retroattivo

È unico il concetto del legislatore ed è che una legge non può imperare e produrre i suoi effetti prima di esistere.

Demolombe loc. cit. e Zacharise t. I, pag. 54, che sostengono la irretroattività della legge sulle forme del testamento, convengono però che il legislatore potrebbe imporre ai testatori l'obbligo di rifare il loro testamento secondo le nuove forme, accordando un qualche termine.

Non comprendo però come, supponendosi un diritto quesito, voglia il legislatore dare effetto retroattivo ad una legge d'interesse privato.

Secondo l'art 23 delle disposizioni transitorie i testamenti per atto privato, fatti a norma delle leggi anteriori prima dell'attuazione del nuovo codice, non produrranno alcun effetto se non sono scritti, datati e sottoscritti dal testatore, ove la successione si aprirà dopo due mesi dalla detta attuazione

Il detto articolo esclude qualunque idea di diritto quesito. Se il legislatore avesse altrimenti ritenuto, non avrebbe potuto senza ingiustizia dichiarare inefficace il testamento privato fatto nei modi prescritti dalla legge anteriore. E, se riconosce l'efficacia del testamento pubblico, anche quando la successione si apra sotto l'impero della seconda legge, la quale abbia prescritto forme diverse, non lo fa in omaggio al diritto quesito, ma piuttosto perchè suppone bene accertata la volontà del testatore, che è l'unico scopo delle formalità esterne del testamento.

Il Laurent loc. cit. n. 203, da una parte conviene

nè può disconvenire, che fino alla morte del testatore non vi sono diritti quesiti, dall'altra parte soggiunge che che il testatore, vedendo annullato il suo testamento, avrebbe il diritto di dire che, avendo egli obbedito alla legge, questa deve dal canto suo mantenere ciò che egli ha fatto.

Ma qui potrebbesi rispondere che, essendo ancor vivente il testatore all'attuazione della nuova legge, costui sarebbe ancora nella possibilità di fare un nuovo testamento, uniformandosi alla novella legge, ed è colpa sua se non lo fa. Se fu obbediente alla prima legge, perchè non esserlo alla seconda? Ei non può dolersi se la legge annulla un atto che è contrario alle sue prescrizioni e che non è produttivo di effetti prima della sua attuazione.

Però, prudenza consiglia che la novella legge, la quale impone forme diverse, dia un termine al testatore per rifare il suo testamento, per come si è praticato coll'art 47 delle disposizioni transitorie e come si è pure prescritto per i testamenti privilegiati con gli articoli 690. 798. 803 del codice civile.

LIII

Ammettendosi la dottrina di Merlin, che è quella che noi seguiamo; ritenendosi che non vi è mai diritto quesito nella vivenza del testatore, credo non possa esservi contrasto sulla nullità del testamento congiuntivo fatto sotto l'impero di una legge che lo permetteva, quante volte la successione si aprisse sotto l'impero del vigente codice.

Non essendo il caso nostro contemplato dalle disposizioni transitorie, uopo è ricorrere al criterio del diritto quesito.

Digitized by Google

La validità o nullità del testamento congiuntivo, fatto prima dell'attuazione del codice vigente e sotto una legge che lo permetteva, è stato appo noi obbietto di grave questione, ei è scisso, come la dottrina, così la giurisprudenza. Pacifici Mazzoni aveva ritenuto la nullità (Ist I n. 19) ma più tardi ritrattò la sua opinione (Succ. II. 26); Brunetta si è pure pronunciato per la validità (Succ. 28) Sono per la nullità Borsari (n. 1634), Gabba (151. 307, 308) Ricci (Vol. 3. 19)

Sentenziò per la nullità la corte d'appello di Roma 23 Luglio 1873 (annali VII. 2, 483.

Quantunque non si volesse accettare la dottrina del Merlin, e si volesse ritenere che la regola tempus regit actum si estenda pure alle disposizioni testamentarie, io propenderei sempre per la nullità del testamento congiuntivo, imperocchè non tratterebbesi di forma strumentaria, di formalità esterna, ma piuttosto da un divieto che mira alla sostanza del testamento. E di fatti, se la disposizione che proibisce il testamento congiuntivo fu collocata dai redattori del codice francese nella sezione che tratta delle disposizioni generali sulla forma de' testamenti, tutt'altro posto lo si è dato, e senza dubbio a ragion veduta, dai redattori del codice italiano. Essa è invece compresa fra le disposizioni generali del capo 2°. e non già nella sezione 3ª del capo medesimo che è quella in cui si prescrivano le formalità esterne del testamento. Ed in vero l'unico scopo delle solennità è quello di accertare la volontà del testatore, mentre è tutt'altro scopo della proibizione del testamento congiuntivo. La ragione principale, anzi unica, che ha consi-

gliato il legislatore, a proibire il testamento in parola e questa: morto uno dei testatori resterebbe libero l'altro a revocare il testamento? Ed allora sarebbe violata la fede della reciprocazione; sarebbe il testamento irrevocabile da parte del testatore superstite? E in questo caso cesserebbe di essere un atto di ultima volontà

Sezione II.ª

Applicazione della regola alle leggi che riguardano il Diritto dell'azione

Sommario

5ft. Prove
55. Giurisdizione e competenza del Magistrato - Procedure
56. Forme e modi di esecuzione degli atti e delle sentenze

LIV

La legge del tempo in cui si consuma il fatto o si compie l'atto giuridico, è quella che determina il modo di provare, e l'efficacia della prova. E qui regge il criterio del diritto quesito

La paternità e la maternità debbono essere provate con quel genere di prova ammesso dalla legge del tempo del concepimento, ed è la legge del tempo del concepimento che si deve applicare, volendosi provare la soppressione o sostituzione del parto, la simulazione dello stato, sia il figlio legittimo iscritto come figlio naturale o viceversa.

Le presunzioni sendo anch'esse delle prove debbono pure essere regolate dalla legge che imperava quando avenne il fatto e fu l'atto giuridico compito. Perchè da un lato (son parole del Pacifici Mazzoni) nella presunzione legale non interviene punto operazione intellettuale del giudice, dall'altro, l'autore del fatto o quegli

a cui profitto questo fu compiuto, ha un diritto quesito al beneficio della prova presuntiva legale. Se adunque la legge attuale esclude una presunzione che l'anteriore ammetteva, e sotto questa avvenne l'atto o il fatto, potrà farsi valere anche dopo la pubblicazione della legge nuova, il contrario nel caso inverso 77. (n. 126)

Quindi se il debitore allega il pagamento fatto sotto l'impero della legge romana in estinzione del suo debito, può avvalersi della presunzione ammessa dalla legge. Procula, se concorrono le condizioni dalla stessa richieste, quantunque questa sia stata revocata dalla legge vigente al tempo del giudizio.

Credo debba dirsi lo stesso del giuramento decisorio, non che di ogni altro genere di prova.

Il giuramento decisorio, quantunque non sia ammesso dalla legge del tempo in cui si svolge l'azione, può essere deferito o riferito, se questo mezzo di prova era riconosciuto dalla legge del tempo in cui avvenne il fatto o l'atto giuridico in questione.

LV

Hanno pronta applicazione, ed anche se l'azione si sia esperita, e sia quindi pendente il giudizio, le leggi che riguardano la giurisdizione, e la competenza del magistrato, non che le forme del procedimento, havvi diritto quesito sulle procedure fatte non già su quelle da farsi, le quali rimangono nel demanio della legge.

Questa regola ha la sua applicazione, non solo quando il magistrato eserciti giurisdizione con-

Digitized by Google

lenzioso, pure se vi eserciti giurisdizione onoraria.

Ed infatti, per l'art 8 delle disposizioni transitorie i procedimenti di adozione già iniziati al giorno dell'attuazione del nuovo codice, saranno continuati davanti la Corte di appello secondo le norme prescritte dal codice medesimo.

Però per la novella legge di procedura, non può venir meno il giudicato. Una sentenza che delegava un giudice di circondario per la nomina di periti, senza assegnare un termine pel deposito della perizia, sarà eseguita ai sensi della procedura del tempo in cui la sentenza fu emessa.

Quindi se la perizia si esegue sotto l'impero della nuova legge, sarà valida, quantunque non siano osservate le forme prescritte dagli articoli 259, 260, 232 del nuovo codice di procedura civile

LVI

Non vi ha neppure diritto quesito trattandosi di modo e di forme di esecuzione di sentenze o di qualsiasi atto giuridico esecutivo. L'interdetto Salviano, che appo noi fu ammesso come mezzo di esecuzione, perdè tutta la sua efficacia all'attuazione delle leggi del 1819.

Sezione 12ª

Sommario

57 - La regola può subire eccezione se si tratti di legge penale

58 - La eccezione non regge se la legge è interpretativa

LVII

La regola la quale stabilisce che la legge non ha effetto retroattivo riguarda come le leggi civili, così pure le leggi penali; ma per queste ultime havvi la seguente eccezione contenuta nell'articolo 3°=

Digitized by Google

del codice penale; se la pena che era imposta dalla legge del tempo del commesso reato, e quella stabilita dalla legge posteriore, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la pena più mite. Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna.

In questi casi non può restar violato alcun diritto. La società non può risentire pregiudizio di sorta; ed il rigore di una regola dovrà cedere ad un principio di umanità.

LVIII

La eccezione in parola non trova applicazione se si tratti di legge interpretativa. Si applicherà sempre la pena inflitta dalla seconda legge, quantunque più severa di quella che, per la falsa intelligenza della legge interpretata, solevasi costantemente applicare

Capo II
Conflitto di leggi in riguardo allo spazio
Sezione 1ª
Nozioni generali
Sommario

59- Giurisdizione che esercita la sovranità nel suo territorio

60- Differenza tra la legge reale e quella personale. Criterio per distinguersi l'una dall'altra

LIX

La sovranità esercita la sua giurisdizione su tutto il territorio dello Stato, e come sulle persone, così

Digitized by Google

sulle cose. E qui due specie di giurisdizione: l'una si appella personale, l'altra territoriale. La prima si esercita sulle persone, la seconda sulle cose. La legge personale regola lo stato o la capacità del cittadino, non che i rapporti di famiglia, anche quando il cittadino si trovi in paese straniero, come lo stato, e la capacità dello straniero che si trovi in Italia ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge del suo paese.

I beni immobili siti in Italia, comunque appartengono allo straniero sono regolati dalla legge italiana, non così i beni mobili; essi sono soggetti come la persona alla legge nazionale del proprietario. Mobilia ossibus personae inherent. Come dev'esservi coesistenza di diritti tra uomo ed uomo, così dev'esservi coesistenza di diritti tra nazione e nazione. Il principio dell'uguaglianza come regola i privati, deve altresì regolare le nazioni.

Però vi sarebbe poca esattezza se si dicesse che la legge personale di un paese regoli lo stato e la capacità dei soli indigeni. Essa regola eziandio lo stato e la capacità, ed i rapporti di famiglia di quell'individuo che ha perduto la nazionalità, che si aveva, e si trovi in un paese senza che vi abbia acquistato la cittadinanza.

Non può esservi collisione di leggi, quando non si è cittadini di alcun paese. Ma qui si noti la seguente differenza.

Il cittadino è governato dalla legge personale del suo paese, anche se si trovi in paese straniero, mentre colui che non appartiene ad alcuna nazione è governato dalla legge del paese in cui si trova; e quindi dalla legge italiana finché sarà in Italia la sua dimora.

Digitized by Google

LX

Qual'è il criterio per distinguersi la legge personale dalla legge reale? Spesso nella medesima disposizione si parla di persone e di cose. Non v'è altro mezzo che quello di investigare lo scopo del legislatore. Se il legislatore ha di mira la conservazione, il miglioramento, la pronta circolazione dei beni, la legge è reale; se invece il suo scopo è quello di regolare lo stato e la capacità della persona, ovvero i rapporti di famiglia la legge è personale

Sezione 2ª

Stato di cittadinanza e di Famiglia

Sommario

61 - Legge che regola lo stato di cittadino
62 - Legge che regola lo stato di coniuge
63 - Legge che regola la figliazione
64 - Legge che regola la capacità
65 - Legge che regola i rapporti di famiglia

LXI

In virtù del codice Italiano si nasce cittadino, avuto riguardo alla paternità e maternità (art 4, 7) ovvero al luogo della nascita (art. 5. 8, 7; capoverso 2)

Le condizioni necessarie per l'acquisto, la perdita ed il riacquisto della cittadinanza non possono essere prescritte che dalla legge del paese del quale si acquista, si perde o si riacquista la cittadinanza. Il codice italiano con l'articolo 12 ha corretto la erronea redazione dell'art 19 del codice francese così formulato:

Digitized by Google

Una nazionale maritandosi con uno straniero seguirà la condizione del marito.

« Ma l'articolo, osserva il Marcadè, va troppo oltre e trovasi inesatto, quando dice che questo matrimonio ha per effetto di far seguire alla donna la condizione di colui che sposa. Difatti, il legislatore può bene togliere ad un francese la qualità di membro della società francese; ma il suo potere non si estende fino a conferirgli la qualità di membro di un'altra società. »

È invece logico il nostro legislatore il quale con l'art 14 dispone che la donna cittadina che si marita a uno straniero, diviene straniera, semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito

LXII

Lo stato di coniuge si acquista in virtù del matrimonio validamente contratto e sarà valido se concorrono le condizioni prescritte dalla legge personale dei contraenti, e se è contratto in Italia, anche le condizioni prescritte dalla legge italiana.

Un musulmano ha contratto con una musulmana un secondo matrimonio in costanza del primo.

Essi hanno legittimamente acquistato la qualità di coniuge, e se dimorano in Italia, quantunque la poligamia sia vietata dalle nostre leggi, possono esercitare quei diritti che derivano dal matrimonio.

La loro qualità deve essere ovunque riconosciuta.

Lo stesso dee dirsi se un coniuge divorziato, se le del suo paese ammettono il divorzio, contrae

un secondo matrimonio, il secondo coniuge sarà coniuge legittimo, non solo nel suo paese, pure in Italia, ove per le leggi attuali il divorzio è proibito.

L XIII

La figliazione è pure regolata dalla legge personale o del padre o della madre secondo che si tratti di figliazione legittima ovvero di figliazione naturale riconosciuta dalla sola madre.

Per la legge italiana il figlio naturale è legittimato non solo in Italia ed in quegli altri paesi nei quali si ammette la legittimazione, per subsequens matrimonium, ma pure negli altri paesi in cui questa specie di legittimazione non è riconosciuta.

E viceversa, se si tratti di figlio di due inglesi, costui si avrà sempre la qualità di figlio naturale, e come in Inghilterra, così pure in Italia, quantunque sia seguito il matrimonio fra i genitori di lui, imperocchè per la legge inglese non vi ha legittimazione per subsequens matrimonium. Sarimenti:

Pel codice francese non vi sarà legittimazione se il riconoscimento del figlio naturale non sia fatto prima del matrimonio o al più tardi nell'atto medesimo della celebrazione. Il figlio naturale non acquisterà la qualità di figlio legittimato, se fu dai genitori riconosciuto in costanza del matrimonio. Non è così per la legge italiana: secondo l'art 197 c.c. i figli legittimati per susseguente matrimonio acquistano i diritti dei figli legittimi se sono stati riconosciuti da ambedue i genitori nell'atto del matrimonio od ante-

Digitized by Google

rionmente, oppure dal giorno del riconoscimento, se questo fu posteriore al matrimonio. Quindi il figlio riconosciuto dai suoi genitori, se non francesi in costanza di matrimonio, si avrà ovunque la qualità di figlio naturale, mentre il figlio di due italiani riconosciuto in costanza di matrimonio si avrà ovunque la qualità di figlio legittimo.

LXIV

Siccome la capacità del cittadino è pure regolata dalla legge nazionale, così, se un cittadino del Cantone di Friburgo abbia raggiunto l'età di anni 20, trovandosi in Italia, potrà fare quegli atti che son permessi al maggiore, mentre un Italiano dell'età di 20 anni è incapace, se pure si trovi nel Cantone di Friburgo.

Un cittadino italiano, inabilitato come prodigo, avrà la qualità di semplice inabilitato, anche nel paese in cui il prodigo va soggetto alla interdizione

LXV

I rapporti di famiglia sono pure retti dalla legge nazionale. I rapporti di famiglia costituiscono nello insieme dei diritti e delle obbligazioni che nascono dal matrimonio o dal fatto della generazione, quindi i rapporti giuridici tra marito e moglie; tra genitori e figli, tra tutori e minori ecc. ecc... L'istituto della separazione personale nonché quello della separazione de' beni sono retti dalla legge personale.

Digitized by Google

Se due italiani contraggono in Francia il loro matrimonio, il diritto comune sarà la regola totale anzichè quella della comunione, e sarà nullo qualunque commune universale di beni fra essi convenuta che non sia la comunione degli utili ai sensi dell'art 1433 C.C.; quantunque la comunione dei beni costituisca il diritto comune in virtù del codice francese, e la regola totale non sia che eccezione.

Per noi uno degli attributi della patria podestà è l'usufrutto legale sui beni del figlio. Se il padre trasferisce la residenza della sua famiglia in un paese retto da leggi che non accorda l'usufrutto al genitore che esercita la patria podestà, il diritto che adesso lui compete per la legge nazionale, non può essere tolto dalla legge del luogo della sua residenza.

Il diritto agli alimenti è pure un diritto di famiglia ed è pure retto dalla legge personale; ma qui la seguente quistione: Sonovi due fratelli uno cittadino italiano e l'altro del Canton Ticino; per la legge italiana e propriamente per l'art 444 C.C. alla somministrazione degli alimenti strettamente necessari hanno diritto anche i fratelli e le sorelle quando per un difetto di corpo o di mente o per qualsiasi altra causa non imputabile a loro colpa, non se li possono procacciare. La legge del Canton Ticino non abilita in verun caso il fratello e la sorella a pretendere gli ali-

Digitized by Google

menti contro il fratello o contro la sorella. Ora il fratello straniero può farne domanda contro il fratello italiano? La Corte d'appello di Milano pronunciossi un tempo per l'affermativa sulla considerazione che per l'art 3 del codice italiano, lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. Parmi inopportunamente applicato il trascritto art 3.

La questione avrebbe avuto migliore soluzione, se invece di applicarsi l'art 3 del codice civile, si fosse applicato l'art 6 delle disposizioni preliminari, il quale prescrive che lo stato e la capacità delle persone, ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione cui esse appartengono. È lo statuto personale del proprio paese che regola i rapporti giuridi tra parenti, ed è la legge e non può esser che la legge personale, la sorgente unica del diritto di cui parliamo. Nè si dica che l'art 3, ammettendo lo straniero al godimento dei diritti civili (senza distinzione di sorta) che sono attribuiti al cittadino, non può non accordare a costui il diritto di farsi prestare gli alimenti dal fratello italiano, e che, se il codice italiano coll'art 184 attribuisce questo diritto al cittadino, con l'articolo 3 l'attribuisce pure allo straniero.

Consultandosi isolatamente l'art 3, l'argomento sarebbe grave e decisivo, non così se si mette in confronto con l'art 6 delle disposi-

Digitized by Google

zioni preliminari. In quest'ultimo si trova chiara quella distinzione che non è formale nell'art 3 e che sarebbe stata una ripetizione inutile.

Il Laurent propone a se stesso il quesito con le seguenti parole: Si domanda se lo straniero possa ripetere gli alimenti da un parente francese supponendosi che vi avrebbe diritto secondo la legge francese e non mai secondo la legge del proprio paese. Così, senza esitare risponde: non avvi dubbio su questa ipotesi; lo straniero essendo retto dal suo statuto personale non può reclamare diritti che questo statuto non gli accorda (Tomo I, pag 12).

Liberalissimo il codice italiano ha rispettato più d'ogni altro codice l'ineguaglianza naturale degli uomini, e l'ha tanto rispettata che ammette indistintamente lo straniero come il cittadino al godimento dei diritti civili in Italia; avrebbe però peccato per eccesso, se avesse voluto estendere la sua generosità tant'oltre da compromettere gli interessi del cittadino.

Sarebbe questa la conseguenza inevitabile ammettendosi la dottrina contraria. Lo straniero avrebbe il diritto di pretender gli alimenti contro il fratello cittadino italiano, mentre a quest'ultimo sarebbe negato un uguale diritto dalla legge del paese cui appartiene il fratello straniero. Nel conflitto delle due leggi l'obbligo agli alimenti cesserebbe di essere reciproco.

Tesi 12

Lit Morelli

Se ho seguito il Laurent nella ipotesi finora contemplata, non posso però seguirlo nella ipotesi inversa, cioè se lo statuto straniero accorda diritto agli alimenti e l'altra legge laneghi. Si decide, così scrive l'illustre Professore, che sarà applicata la legge francese, perchè il pretego debitore è francese: ora costui può invocare il suo statuto personale, secondo il quale non deve gli alimenti al parente straniero (Dallor repertoire, p. Lois) Laurent non trova esatte queste idee e s'ingegna a combatterle.

Se c'impone l'autorità del nome non ci impone però l'argomentazione. La legge non può accordare un diritto senza che vi sia nel tempo stesso l'obbligo correlativo; non può esservi un creditore senza che vi sia un debitore; ogni rapporto suppone due termini. Lo statuto personale Italiano può attribuire un diritto al cittadino, ma non può imporre un obbligo allo straniero. Perchè si possa esercitare un diritto civile in un altro paese, fa mestieri; che il diritto sia riconosciuto dalla legge del luogo, e che per la stessa legge lo straniero sia ivi ammesso all'esercizio del diritto.

Per l'art 3 del cod. civ. italiano, lo straniero in Italia è ammesso a godere de' diritti civili attribuiti ai cittadini, e non so comprendere come possa godere di quei diritti dei quali lo stesso cittadino non gode. L'art 3 non attribuisce ne può attribuire allo straniero più di quanto attribuisce al cittadino italiano.

Digitized by Google

Lo straniero, dice Laurent, ha un diritto, in virtù dello statuto del suo paese, e questo diritto sarebbe inutile se non potesse esercitarlo

Facilmente può rispondersi a quest'argomento. Non si fa questione sull'esercizio ma sulla nascita del diritto. Non avvi diritto se non vi ha contemporaneamente l'obbligo correlativo.

Il riconoscimento dello statuto straniero importa solo, che, trovandosi lo straniero in Italia, il suo stato, la sua capacità ed i rapporti della sua famiglia saranno regolati dalla legge del suo paese anziché dalla legge italiana.

Un'ultima osservazione. L'obbligo agli alimenti è un obbligo reciproco; or mancherebbe questa reciprocanza ammettendosi la dottrina contraria. Ed invero, un cittadino Italiano avrebbe il diritto di farsi prestar gli alimenti da un suo fratello francese, mentre quest'ultimo, e su questo conviene anche il Sig Laurent, non avrebbe il diritto di ripeterli in Italia da un suo fratello, cittadino Italiano.

Sezione 3ª

Legge che regola lo stato e la capacità delle persone, nonchè i rapporti di famiglia in caso di cangiamento di nazionalità

Sommario

66 - applicazione del principio del diritto quesito applicazione del principio allo stato delle persone

67 - applicazione alla capacità
68 - applicazione ai rapporti di famiglia.

LXVI

Il cangiamento della nazionalità e quindi la legge personale della nazione elettà, non può colpire i diritti che si erano precedentemente acquistati, come la legge posteriormente non può annientare un diritto legittimamente acquistato sotto l'egida della legge anteriore.

Conseguenza di questo principio si è che lo stato, sia di coniuge sia di figlio non muta con la mutazione della nazionalità.

Se un musulmano, marito contemporaneamente di due donne, diviene cittadino italiano, la seconda moglie conserva in Italia la sua qualità di coniuge e quindi i diritti e le obbligazioni che derivano da tal qualità.

Se due coniugi inglesi divengono cittadini italiani il figlio naturale di costoro procreato prima del matrimonio, non acquista in Italia la qualità di figlio legittimato; si dica però diversamente se il matrimonio è posteriore alla loro naturalizzazione.

Se un italiano acquista la nazionalità francese, ed indi contrae matrimonio con quella donna con la quale avea procreato un figlio naturale, quest'ultimo non acquisterà la qualità di figlio legittimato, se il di lui riconoscimento avenga posteriormente al matrimonio dei suoi genitori.

LXVII

La capacità, a differenza dello stato, è sempre nel dominio della legge, e quindi puossi acquistare o perdere con

la mutazione della nazionalità. È questa una regola generale la quale non subisce eccezioni di sorta. Il Savigny giustamente rigetta la distinzione fra incapacità generale ed incapacità speciale ammessa da taluni scrittori; la prima riguarderebbe gli atti giuridici in generale e si applicherebbe il diritto del domicilio, l'altra si riferirebbe ad alcuni casi specialmente determinati e si applicherebbe invece la legge del luogo in cui l'atto giuridico si compie. Un italiano dell'età di venti anni compiuti, diviene maggiore acquistando la nazionalità del Cantone di Friburgo, ed all'incontro, se è maggiore in Italia per avere raggiunta l'età di 21 anni, ricade nella incapacità, se prima dell'età di 23 anni diviene olandese, e prima di 25 anni prussiano.

LXVIII

La patria podestà ed i suoi attributi, non che l'autorità di marito, di tutore, di curatore ecc. ecc., sono ancora nel dominio della legge. Se il genitore superstite esercita patria podestà in Italia sopra i figli minori e non emancipati, acquistando la cittadinanza francese, la podestà patria si cangia tosto in tutela; la moglie italiana può accettare una donazione senza l'autorizzazione del marito; se diviene francese, l'autorizzazione maritale si rende necessaria; col cangiarsi di nazionalità cangiano pure i rapporti di famiglia. Se due fratelli italiani acquistano la nazionalità del Cantone ticino, cessa l'obbligo reciproco degli alimenti, imposto ai fratelli italiani dall'art 141 del vigente codice.

Però gli atti giuridici prima compiuti conservano la

loro efficacia se da essa derivano diritti certi.

La naturalizzazione francese non rende annullabile la donazione precedentemente accettata da una donna maritata. La comunione generale de' beni conserva la sua forza, se dopo il matrimonio, due coniugi francesi acquistano la nazionalità italiana.

Sezione 4ª

Legge che regola la successione

Sommario

69= Motivi che hanno determinato il legislatore italiano di applicare la legge nazionale del de cujus

70- Spiegazione ed applicazione dell'art 8

LXIX

Non senza valide ragioni il legislatore italiano non ha adottato la massima: quot sunt bona diversis territoriis obnoscia totidem patrimonia intelliguntur. La eredità è un obbietto ideale, universitas juris: essa non ha ne può avere esistenza fuori del nostro spirito. Non vi sarebbe esattezza di linguaggio, e sarebbe illogica la proposizione, se si dicesse che avvi parte di eredità nel territorio che contiene parte de' beni ereditati. Si verrebbe in questo modo a frazionare quell' universum jus per sua natura indivisibile. Così essendo, riesce impossibile l'applicazione della legge rei sitae. E perché, come bene osserva Zachariae, è inconcepibile un patrimonio, estraendolo dalla persona che lo possiede, la successione sia testamentaria, sia

Digitized by Google

legittima, fa mestieri che sia retta dalla legge stessa che regola lo stato e la capacità delle persone.

Arroghi a questo che nella successione è legge la volontà del testatore, sia esplicita sia presunta, e chi può interpretarla o presumerla meglio dello stesso legislatore? Finalmente, lo stato non ha alcun interesse a regolare la devoluzione dei beni nella successione dello straniero e, per lo contrario, vi sarebbero degli inconvenienti per lo straniero nel sottomettere la trasmissione ereditaria alle differenti leggi di vari paesi.

« È vero, così l'illustre Mancini in seno alla commissione coordinatrice delle disposizioni del codice civile, che la novità che si propone d'introdurre nel codice, non ha ancora alcun esempio e contrasta colle tendenze finora seguite che tot hae reditates quot territoria; ma tale principio è scientificamente erroneo e conduce a complicazioni, incoerenze, gravi spese e danni pei successibili; esso contrasta la presunta volontà del defunto, il quale, non disponendo per testamento del suo patrimonio, e lasciando che per lui lo faccia la legge, non può non credersi che abbia voluto che i suoi beni in qualunque paese situati si trasmettessero secondo le regole della sua legge nazionale anziché della legge straniera..... »

LXX

L'art 8 è così concepito: Le successioni legittime e testamentarie, però, sia quanto all'ordine sia

circa la misura de' diritti successivi, e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura sieno i beni ed in qualunque paese si trovino.

Quanto all'ordine di succedere. Se si tratti della successione di un francese, siccome il codice Napoleone sono successibili, i discendenti legittimi, gli ascendenti, i collaterali fino al dodicesimo grado, ed i figli naturali come il coniuge sono considerati come successori irregolari, con quest ordine medesimo saranno chiamati alla eredità anche per i beni immobili siti in Italia

Il diritto di rappresentazione, come pure il subingresso nella successione testamentaria, saranno pure regolate dalla legge nazionale della persona defunta. Dicasi lo stesso della collazione. Se si tratti della successione di un francese, la collazione sarà dovuta da tutti gli eredi, sia qualunque la loro qualità, anzichè dai soli discendenti, e la collazione per regola dovrà farsi in natura. E se i beni situati in Italia erano stati donati da un ascendente, succederà in essi esclusivamente l'ascendente donante se il de cujus sia morto senza prole.

Sia circa la misura dei diritti successori. Il figlio naturale di un francese, concorrendo

Digitized by Google

con figli legittimi, conseguirà il terzo di quanto gli sarebbe spettato se fosse legittimo, la metà invece del terzo, concorrendo con ascendenti e fratelli e sorelle; tre quarti, concorrendo con altri collaterali; conseguirà l'intero nel caso in cui non vi fossero parenti fino al decimo grado

L'ammontare della legittima sarà pure determinato dalla legge nazionale del defunto e la intrinseca validità delle disposizioni.

Quindi, se per la legge nazionale del de cujus si richiede come solennità interna la istituzione di erede, mancando tale solennità, il testamento non avrebbe neppure efficacia per i beni in Italia, quantunque pel codice italiano sia permesso di disporre per atto di ultima volontà, sì a titolo universale che a titolo particolare.

È la legge del de cujus quella che si deve attendere per conoscersi, se la condizione impossibile annulli o no il testamento, se sia efficace la sostituzione volgare e quella pupillare.

Gli effetti della successione sono pure regolati dalla legge nazionale del defunto e fra gli effetti si comprende la immissione nel possesso dei beni ereditati. La massima: il morto impossessa il vivo non trova applicazione, se non è ammessa dalla legge del de cujus.

Trattandosi però di capacità di testare e di succedere, devesi applicare nel primo caso

Digitized by Google

la legge nazionale del testatore, e nel secondo quello dell'erede o legatario.

Sezione 5ª

Legge che regola la forma degli atti

Sommario

71. Forme estrinseche ed istrumentarie
72. Forme abilitanti
73. Forme intrinseche
74. atti solenni
75. Legge che regola la nullità, la risoluzione, la estinzione delle obbligazioni.

LXXI

La forma estrinseca degli atti è regolata dalla legge del luogo, in cui essi si fanno giusta l'adagio Locus regit actum. È però in facoltà dei disponenti e contraenti di seguire la forma della loro legge nazionale se questa sia comune a tutte le parti (art 9)

LXXII

Le forme abilitanti sono essenziali per la validità degli atti fatti dall'incapace. E qui devesi applicare la legge del paese cui l'incapace appartiene, come quella che regola la capacità delle persone. Pel codice italiano, il genitore superstite, a differenza del codice francese, esercita patria podestà, e non tutela sui figli minori non emancipati. Se costui si ritrovasse in Francia, o fosse nella necessità di alienare

Digitized by Google

od ipotecare i beni immobili de' figli, potr cedere a tali atti, previo la sola autorizzazi del Tribunale Civile, e senza l'autorizza. del Consiglio di famiglia. Sarebbe applica l'art 224 del codice italiano e non già t. 457 del codice francese

LXXIII

Le forme intrinseche (impropriamente dette forme) sono quelle che riguardano la sostanza e gli effetti degli atti, quelle che ne costituiscono l'essenza; e tali sono il consenso in qualsiasi atto giuridico: il consenso, la cosa ed il prezzo nel contratto di vendita. Di questa natura è pure l'enunciazione della valuta nella lettera di cambio, e la enunciazione della valuta nella girata, per essere questa traslativa di proprietà della cambiale medesima.

Or quì si domanda: qual'è la legge che regola le forme intrinseche? Taluni son d'avviso che le formalità intrinseche o viscerali dipendono dalla legge del luogo in cui si fa il contratto e, secondo questo sistema, si reputa convenuto dalle parti ciò che è di uso nel paese in cui si contratta.

Osserva il Laurent che questa ragione potrebbe valere se le parti appartenessero al paese, in cui contrattano, o che per lo meno avessero ivi il loro domicilio, Non può opporsi che conosca le leggi e gli usi di un paese lo straniero che sia semplicemente residente o passeggiero.

Digitized by Google

Qual'è la legge che ne regola gli effetti?

Il Merlin opina che si debba applicare la legge del paese in cui si forma il contratto. Il Laurent è d'accordo col Merlin, se si tratti di contratto che abbia avuto luogo fra stranieri appartenenti a paesi diversi; imperocchè non vi sarebbe ragione di applicare la legge nazionale di un contraente, anzichè quella dell'altro. Crede invece applicabile la legge nazionale de' contraenti, quando tutti appartengano allo stesso paese e non hanno domicilio, ma semplice residenza nel paese in cui contrattano.

Secondo un altro sistema che è quello propugnato dal Savigny, gli effetti del contratto debbono essere regolati dalla legge del luogo della esecuzione.

Il nostro legislatore col capoverso dell'articolo 9 delle disposizioni generali ha risoluto la questione nei seguenti sensi: « La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale de' disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà.

LXXIV

Si è fatta questione se la forma degli atti solenne è resta dall'adagio locus regit actum.

Il Bousquet sostiene la negativa, in senso

Digitized by Google

contrario si è pronunciato il Demolombe. Laurent invocando l'autorità di Bouhier, divide la prima opinione. Egli così scrive: « En définitive, dans les contracts solennels, la forme tenant au consentement, est régie par la loi personelle. Si cette loi exige l'authenticité, il faut, qu'à l'étranger on fasse un acte authentique, alors même que la loi du lieu où l'acte se passe, admettrait l'écrit sous seing privé, mais quant aux formes dans lesquelles un acte doit être reçu pour, qu'il soit authentique, on applique l'adage locus regit actum. »

Credo che sia questo il sistema ritenuto dal nostro legislatore col trascritto articolo 9 delle disposizioni generali. Quando la scrittura, sia autentica come per le donazioni, e pei contratti dotali, sia anche privata come nei casi contemplati dall'articolo 1314 C.C., è richiesta solemnitatis, e non già probationis causa, è dessa una forma che riguarda l'essenza, la sostanza dell'atto, e quindi una forma intrinseca, anziche una forma estrinseca o strumentaria. Così essendo trova applicazione il capoverso dell'articolo 9.

LXXV

È dunque la presunta o l'esplicita volontà dei disponenti e dei contraenti che rende applicabile o la loro legge nazionale, ovvero quella del luogo in cui si fa la disposizione o si contrae l'obbligazione; quando si tratta della sostanza degli effetti dell'atto giuridico fatto in estero paese.

Digitized by Google

Se è questa la norma che regola la nascita dei diritti e delle obbligazioni è la medesima norma che deve regolare la nullità e la risoluzione degli atti, la estinzione dei diritti e delle obbligazioni.

Ammesso questo principio, riesce agevole la soluzione di una importante questione, che è quella di sapere qual sia la legge applicabile alla prescrizione estintiva. La dottrina francese è scissa. Secondo Pothier sarebbe applicabile la legge del domicilio del creditore; Troplong opina di doversi applicare la legge del luogo in cui dovrebbesi fare il pagamento; Marcadé propugna, invece, l'opinione degli antichi giureconsulti, i quali ad eccezione di Pothier, sostenevano l'applicabilità della legge del domicilio del debitore.

Io credo che la questione trovi la sua soluzione nel capoverso dell'art 6, e che sia applicabile secondo i casi o la legge nazionale dei contraenti, ovvero, quella del luogo della contrattazione.

Si applicherà la prima legge se le parti appartengono alla stessa nazione, ed abbiano avuto intenzione di riferirsi alla legge del proprio paese e non quella del luogo della contrattazione; si applicherà la seconda legge se i contraenti appartengono a paesi diversi, o, se appartenendo al medesimo paese, non hanno mostrata l'intenzione di volersi riferire alla legge nazionale.

Digitized by Google

Sezione 6ª

Legge che regola la giurisdizione e la competenza del giudice. Legge che regola la procedura e la prova. Legge che regola l'esecuzione

Sommario

76. Legge che regola la giurisdizione e la competenza dei giudici.
77. Legge che regola la procedura e la prova.
78. Legge che regola la esecuzione delle sentenze e degli atti

---

LXXVI

La legge che regola la giurisdizione e la competenza del giudice, non può essere che quella del luogo in cui si svolge l'azione.

Lo straniero può essere citato innanti l'autorità giudiziaria del regno, ed ancorchè non vi si trovi, nei seguenti casi: I°. se si tratti di azioni su beni immobili o beni mobili esistenti nel regno; II°. se si tratti di obbligazioni che abbiano origine da contratti seguiti nel regno o che debbano avere esecuzione nel regno; III°. in tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità. Lo straniero può, inoltre essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno per obbligazioni contratte in paese estero; se abbia residenza nel regno (art 105 p.c.). Si è fatta questione se sia un previlegio esclusivo del cittadino. La Cassazione di Firenze

Digitized by Google

si è altre volte e con ragione pronunciata per l
negativa. La massima posta da quel supremo
collegio parmi conforme al testo del citato art. 10
che non fa distinzione fra attore cittadino ed al
re straniero, come pure allo spirito della nostra
legislazione che non ammette disparità di
trattamento fra cittadino e straniero.

Lo straniero cittadino, che non si trovi in Ita
sarà citato nei modi stabiliti dall'art 142 p. c.

LXXVII

Le procedure sono la garanzia dei litiganti
quali non possono sperarla che dalla legge del
luogo in cui l'azione si svolge. Ne puossi eserci
tare un potere dello stato, qual è quello che esercita
l'autorità giudiziaria, con forme prescritte da
una legge straniera.

Si dica diversamente per le prove: coloro
che contraggono una obbligazione qualunque,
intendono sottoporsi alla legge del luogo in cui
la contraggono, e perciò anche alla legge del
luogo che ne determina la prova. Il capoverso del
l'articolo 10 è l'applicazione di un principio di
diritto privato, mentre il testo dello stesso articolo
quando prescrive che la competenza e le forme
dei procedimenti sono regolati dalla legge del
luogo in cui segue il giudizio, è una disposi
zione di diritto pubblico.

LXXVIII

Le sentenze pronunziate da autorità straniere

Digitized by Google

avranno esecuzione nel regno quando siano dichiarate esecutive nelle forme stabilite dal codice di procedura civile, salve le disposizioni delle convenzioni internazionale (art. 10)

Per l'art 941 p.c. è la Corte d'Appello che dà forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere, ed è competente la Corte d'Appello nella cui giurisdizione devono essere eseguite, premesso un giudizio di delibazione in cui la Corte esamina: 1°. se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente; 2°. se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti; 3°. se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci; 4°. se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno. Se poi si tratti di atto autentico ricevuto in paese estero, non può avere esecuzione nel regno, senza il <u>pareatis</u> del tribunale civile del luogo in cui l'atto deve eseguirsi: nel giudizio di delibazione, che avrà luogo innanzi il Tribunale, si applicheranno le stesse norme prescritte pel giudizio di delibazione innanzi la Corte d'Appello.

Se, pel sistema ritenuto dal codice italiano, il magistrato nazionale non ha potere di esaminare il merito e di elevarsi a magistrato di appello non è neppure, per servirmi della espressione del Marcadé, una macchina imprimente alla cieca la forza esecutiva alle sentenze straniere.

Non avvi contraddizione tra l'art 941 p.c., e

Digitized by Google

l'articolo 1990 c.c., col quale il legislatore si contenta della semplice legalizzazione degli atti ricevuti in paese straniero, che si presentano per la iscrizione all'ufficio della conservazione delle ipoteche del luogo in cui sono siti gli immobili ipotecati, imperocchè la iscrizione è atto di conservazione, e non già atto di esecuzione.

Sezione 2ª

Leggi penali e di pubblica sicurezza

Sommario

1°- Lo straniero è soggetto alle leggi preventive e repressive del luogo in cui si trova.

2°- Se possa allegare ignoranza

LXXIX

Oltre le leggi reali e personali, havvi una terza specie di leggi, e sono quelle che hanno per iscopo la conservazione dell'ordine. Le leggi penali e quelle di pubblica sicurezza sono l'esercizio della giurisdizione territoriale ed obbligano quindi come i cittadini presenti, così gli stranieri domiciliati o di passaggio nel territorio del regno. Siccome se si trovano in un territorio estero sono protetti dalle leggi ivi imperanti, così è di giusto che anch'essi fossero sottoposti alle leggi medesime, che fossero in caso di contravenzione giudicati dal magistrato nazionale, e che subissero le pene inflitte dal

Digitized by Google

la legge del luogo in cui han commesso il reato.

LXXX

Il Demolombe propone a se stesso il seguente quesito: Lo straniero da poco tempo pervenuto in Francia non potrebbe forse addurre per iscusa legittima la sua ignoranza non dico già delle leggi repressive di quelle azioni ritenute dovunque ed universalmente riprovevoli, ma di quei regolamenti di polizia locali ed arbitrarii che mimo può immaginare?

Pare a prima giunta, così risponde, ben giusta ed anche logica l'affermativa, poichè si osservi che qui non trattasi della riparazione del danno cagionato a particolari, ma trattasi di applicare la legge di polizia cioè di un castigo, di una pena che non dovrebbe colpire un fatto meramente materiale e senza intenzione. Difatti così sembra che si pensasse anticamente, accordandosi agli stranieri un certo termine per mettersi nel caso di non ignorare i regolamenti locali: ma puossi ancora oggidì di seguire siffatta teoria?

Può dirsi per la negativa che i testi della legge non comportano alcuna distinzione di questo genere (ravvicinamento dell'art 3 cod.civ.) che l'interesse generale vi si oppone, ed invero non si finirebbe più con tutte queste quistioni d'ignoranza particolare, e di buona fede personale in fatto di polizia

Però il dotto Professore, dopo di avere risoluto per la negativa la questione, si mostra propenso ad un temperamento. Nimo, così soggiunge, è tenuto all'impossibile; è questa una regola di ragione, di giustizia, di necessità. Laonde la Corte di Cassazione ammise che l'impedimento di forza maggiore fa eccezione anche alla colpabilità in materia di polizi

Eppero per siffatte applicazioni pratiche, secondo le circostanze, considerare come risultante da un caso di forza maggiore e d'impossibilità, la contravenzione commessa da uno straniero allora arrivato, se il giudice dichiarasse che nella posizione de fatti, costui non avea potuto conoscere il regolamento di polizia. accetto senza esitare le idee del Demolombe; soggiungerei però che lo straniero non dovrebbe meritare l'indulgenza se un'azione qualunque, come p. e. l'esportazione d'un'arma insidiosa, fosse vietata, come nel dal regolamento di polizia del paese che gli accorda ospitalità, così dal regolamento in vigore nel suo paese al tempo della sua partenza.

Sezione 8ª

Eccezioni alle regole stabilite nel presente capitolo

Sommario

81- Leggi ed atti di un paese straniero non possono avere esecuzione nel regno se sono contrarie alle leggi proibitive nel regno ed alle leggi relative all'ordine pubblico ed alla morale.

82- Applicazione al matrimonio dello straniero nel regno

LXXXI

« Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni, gli atti, ne alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico non costume » (art 12)

può essere permesso allo straniero ciò che

Digitized by Google

nel pubblico interesse è proibito al cittadino. « Le persone e i beni, così il Borsari (1) sono l'oggetto immediato e diretto del diritto autonomo del paese; esercitando poi lo Stato un altro suo diritto ugualmente autonomo, e che può chiamarsi di difesa prescrive norma agli atti e alle sentenze di paese straniero, e ne declina la efficacia nelle parti a sè contrarie.

LXXXII

Applichiamo la eccezione contenuta nel nostro articolo a qualche specie.

Non è permesso allo straniero di contrarre in Italia un secondo matrimonio, in costanza del primo, nè con una italiana, nè con un'altra straniera e neppure con una sua concittadina, quantunque per la legge del suo paese sia permessa la poligamia. E fin quì tutto il mondo è d'accordo: vi è stato qualche dubbio, si possa contrarre matrimonio, in un paese in cui non sia ammesso il divorzio, lo straniero divorziato conformemente alle leggi del proprio paese

È indubitabile che non può considerarsi il divorzio al pari della poligamia, come uno di quegli attentati alla morale universale, che debbonsi assolutamente eliminare dalle nazioni civilizzate. Il divorzio è ammesso in Europa da più legislazioni, e lo stesso Bonolombo pur dichiarando di non essere affatto partigiano del divorzio, conviene che codesto istituto non è mica contrario alla pubblica morale, e che perciò debba permettersi allo straniero divorziato di contrarre matrimonio anche nel paese in cui non si conosce altro modo di sciogliersi il ma-

(1) § 82

trimonio che la morte del coniuge. Non posso non accettare la sua conclusione io, che credo di essere il divorzio una necessità sociale e che faccio fervidi voti perchè un tale istituto fosse ben presto riconosciuto dal la nostra legislazione, la quale a preferenza di ogni altra, è stata ardita a svellere dalle radici non pochi inveterati pregiudizii che non possono conciliarsi con la civiltà e col progresso.

Un altra questione: lo straniero, che, per la legge del suo paese, è facultato a contrarre matrimonio giunto all'età della pubertà, può contrarlo in un altro paese in cui si richiede un'età maggiore di quattordici anni? La dottrina francese la risolve per l'affermativa. « Un français così il Duranton, pourrait valablement épouser une femme étrangere qui aurait moins de quinze ans révolus, si cette femme avait l'age fixée par les lois de son pays. »

Il Borsari, invocando l'art 102 del codice italiano, professa la medesima dottrina. Se questa dottrina non trova ostacolo nel codice francese credo però che la trovi nel nostro codice; se l'art 102 dichiara « che la capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese a cui appartiene » nel capoverso si aggiunge: « anche lo straniero però è soggetto agli impedimenti stabiliti nella sezione seconda del capo secondo di questo titolo » Fra gli impedimenti determinati nella sezione citata non havvi pure quello dell'età? L'art. 55 che è il primo articolo della sezione dichiara, che non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto

Digitized by Google

gli anni diciotto; la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici >>

Se è dura la legge, è però logica la nostra conclusione: dura lex sed lex. Il capoverso dell'articolo in parola è l'applicazione della prima parte dell'art. 12 delle disposizioni generali, che considera le leggi proibitive indistintamente come leggi d'interesse sociale

Se è falso il principio, non può non essere falsa la conseguenza: ripetiamo la massima dura lex sed lex

Capo IV

Della rivocazione della legge

Sommario

83- abrogazione e derogazione della legge. Revocazione espressa e tacita.

84- Se la consuetudine possa revocare la legge

85- abrogazione delle leggi precedenti al codice Italiano

LXXXIII

Chi ha il potere di far leggi, ha pure quello di revocare le leggi fatte, L'atto con cui si revoca intieramente la legge, si appella abrogazione, Derogatur legi cum pars detrahitur abrogatur legi cum prorsus tollitur La revoca della legge è espressa o tacita; è espressa quando è letteralmente pronunciata, è tacita se la nuova disposizione è incompatibile con la prima: vi ha pure abrogazione tacita se la nuova legge regola la intiera materia già regolata dalla legge precedente posteriora derogant prioribus

LXXXIV

Per diritto romano, siccome la consuetudine era legge così aveva la potenza di revocare la legge scritta, Quid interest

suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?

Da questo principio il giureconsulto Julianus deduce la conseguenza che una legge può essere abrogata non solamente da una legge posteriore ma pure da un uso contrario (Desuetudo consuetudo contraria)

Si è fatta questione se sotto l'impero del codice Napoleone si abbia forza di legge la consuetudine ed anco la potenza di abrogare la legge scritta. Erasi pronunciato per l'affermativa il Toullier, la di cui opinione fu seguita dal Duranton. Il legislatore italiano ha troncato testualmente la questione con l'articolo 5 delle disposizioni generali: Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore ecc. ecc.

LXXXV

Con l'art 48 della legge transitoria nelle materie che formano oggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca. ——— Se tutte le leggi precedenti sono state interamente revocate; se per l'art 3 delle disposizioni generali, ove un caso non sia espressamente contemplato, dovrà decidersi con i principii generali del diritto, non sa comprendere come nei ricorsi di annullamento di giudicati si possa allegare la violazione delle leggi romane

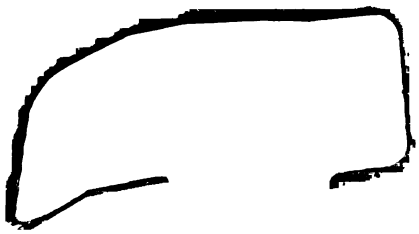
Fine

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google